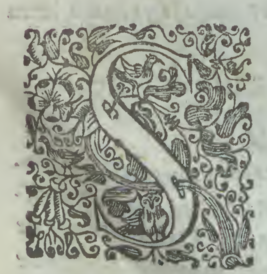


POR LA SEÑORA DOÑA IVANA PACHECO DE SILVA, muger del señor Don Luys de Padilla, y Meneses, del Consejo.

CONTRA

El Duque de Pastrana, y Conde de Salinas, y Don Alonso de Silua, y Doña Mariana, y Doña Catalina de Silua, sus hermanas, y Don Pedro Giron.



ON Tantas y tan diuersas las clausulas de la fundacion deste mayorazgo, que han dado ocasion a los Abogados de las otras partes, à que con la agudeza de sus ingenios, y grãdeza de su erudicion las ayan entendido, y traydo en contrarios y diferentes sentidos del verdadero, que ofrece la contextura dellas, en su genuina y natural inteligẽcia. Lo qual, como no pueda dexar de causar confusion y perplexidad: Para ocurrir à esta, quien fia su justicia, y la tiene librada en la letra, que declara la voluntad del fundador, necessariamente ha de insistir en ella, sin diuertirse à questiones y disputas, que aunque en el punto del derecho

Num. 1. Diuision desta informacion en tres partes.

puedan

puedan tener dificultad, no se aplican à esta disposicion: por la qual, entendida como se deue, se reconocerà con euidencia la justicia de la señora Doña Iuana Pacheco de Silua: Y que ninguno de los demas opositores tienen llamamiento en el caso presente. Y por esto, y porque la respuesta mas concluyente, y con que se elide todo lo que se opone, es la que resulta de la voluntad, que, como està dicho, se comprehẽde de las palabras, de que vsò, para manifestarla, el instituydor deste mayorazgo. Para darla mejor à entender, y reduzir las materias à su lugar, y al que pueden tener, ajustandose a la disposicion, es necessario y conueniente, discurrir por las clausulas, è inferir deste discurso la inclusion de la señora Doña Iuana Pacheco de Silua, y exclusiõ de los demas opositores, diuidiẽdolo en tres partes.

La primera serà la glossa, y exposicion de las clausulas.

La segunda, la inclusion de la señora Doña Iuana Pacheco de Silua.

La tercera, la exclusion del Duque de Pastrana: Conde de Salinas: Don Alonso de Silua: Doña Mariana y doña Catalina de Silua sus hermanas: Y Don Pedro Giron.

PRIMA PARS.

Num. 1. Las clausulas del mayorazgo de Cifuẽtes, que se declaran en la primera parte de sta informacion.

AVnque la escritura de la fundacion deste mayorazgo contiene muchas y diuersas substituciones, y llamamientos, las que hazen al caso deste pleyto, y por las que se ha de discurrir en su inteligencia, son desde la primera hasta la septima, y desde la 27. hasta la 31. cuya letra es como se sigue.

Clausula primera en la plana 116. del memorial, linea 19.

E Todo esto que dicho es, quiero, è es mi volũtad, que quede e finque por mayorazgo, è lo aya despues de mi don Alfoñ de Silua mi fijo mayor legitimo, è de Doña Leonor de Acuña mi muger, que Dios aya, Alferez mayor del Rey nuestro señor, para que el dicho Dõ Alfoñ aya la dicha villa de Cifuentes, è aldeas della, è las dichas aldeas de Huertos, è Ruguilla, è Fuẽtepinilla, que son cerca de la dicha villa de Cifuẽtes, è los otros logares de Vililla, è Torrezilla, è todo lo otro susodicho, è al señorio dello deuido è perteneciente, è anexo, e cada

cada cosa e parte dello, por suyo por juro de heredad, por la forma e manera que de yuso sera contenido, para el dicho Don Alfoñ de Silua, e para sus decendientes legitimos naturales, nacidos de legitimo matrimonio, varones e mugeres, con los vinculos, e condiciones, e pactos e prohibiciones, e clausulas siguientes en esta manera.

Clausula segunda en la plana 116. del memorial, linea 33.

QVE despues del dicho Don Alfon mi fijo, que aya la dicha villa, e logares, e bienes, con todo lo susodicho, sin lo diuidir e apartar, todo juntamente el su fijo varon mayor legitimo, que del decendiere legitimo e natural, nacido de legitimo matrimonio: E si ouiere fijos e fijas, que lo aya e herede todo el fijo varon mayor legitimo natural, nacido de legitimo matrimonio, aunque alguna de las fijas sea mayor de edad que el fijo varon, aunque sea menor q̃ la tal fija, que aya lo susodicho por mayorazgo: E despues el fijo varon legitimo mayor del dicho su fijo mayor decendiente por la manera que dicha es, e assi sucessiuamente de vno en otro, todauia para el fijo mayor legitimo varon nacido de legitimo matrimonio, que decendiere de la linea derecha de los fijos mayores legitimos.

Clausula. 3. en la plana 117. del mem. linea 9.

E Si falleciere sin dexar fijo legitimo varon, e quedare fija legitima del dicho Don Alfoñ de Silua mi fijo, ò de tal su decendiēte por la linea derecha de los varones mayores, que aya e herede la dicha villa, e logares, e bienes, con todo lo susodicho del dicho mayorazgo, la tal fija legitima mayor, que quedare del dicho Don Alfoñ, al tiempo que falleciere sin fijo legitimo varõ, que quiero que sea preferida à las otras qualesquiera fijas de las fijas, e despues sus decendientes legitimos e naturales, nacidos de legitimo matrimonio, varones e mugeres, por la orden, e forma suso e yuso dadas.

Clausula quarta en la plana 117. del memorial, linea 18.

E Desque acaeciere, q̃ fija mayor del dicho D. Alfoñ mi fijo falleciere, q̃ aya e herede la dicha villa, è los dichos logares,

res, è bienes, cõ todo lo ſuſodicho mayorazgo, el ſu fijo legitimo varõ, q̃ fincare de la tal fija que ouiere de auer el dicho mayorazgo: è por eſta via e forma, aya è herede la dicha villa, è logares, bienes, è coſas ſuſodichas, las fijas que decendieren de dicho don Alfoñ, todauia la mayor, è los fijos decendientes dellas, todauia el mayor varon: En tal manera, que todauia aya la dicha villa, è logares, ê bienes, è coſas, como dicho es, los decendientes legitimos é naturales, nacidos de legitimo matrimonio por la linea derecha del dicho don Alfoñ de Silua, el varon mayor primeramente, ê deſpues el varon mayor ſuceſsiuamente, vno en pos de otro.

Clauſula quinta en la plana 117. del memorial, linea 31.

E *Si no ouiere varones, que lo aya è herede la ſu fija mayor, o fija de ſu fijo, aſsi ſucceſsiuamente vno en pos de otro, como dicho es, en los fijos: En tal manera, que auiẽdo decendiente legitimo natural varon, nacido de legitimo matrimonio, que aya è herede el dicho mayorazgo, con todo lo ſuſodicho, todauia el mayor, è deſpues el ſiguiente, faſta q̃ ſe ataje la linea decendiente de los fijos varones.*

Clauſula ſexta en la plana 117. del memorial, linea 37.

E *Deſque falleziere fijo deſcendiente legitimo natural, nacido de legitimo matrimonio, que aya è herede la dicha villa, è logares, è bienes, con todo lo ſuſodicho, à fallecimiento de los dichos varones, la fija legitima natural mayor, nacida de legitimo matrimonio del dicho varon, que ouiere heredado la dicha villa, è logares, è bienes, con todo lo ſuſodicho, por cuyo fallecimiento ſe atajare la linea de los dichos varones.*

Clauſula 7. en la plana 118. del mem. lin. 6.

E *A fallecimiento de los dichos fijos varones, que aya è herede la fija mayor ſuceſsiuamente, vna en pos de otra,*

faſta

fasta que los decendientes de mi, ê del dicho Don Alfoñ de Silua mi fijo por la linea derecha, nacidos de legitimo matrimonio se acaben, primeramente los varones, como dicho es, è en fallecimiento dellos, las fijas, por la forma, e orden suso è yuso declaradas.

Clausula 27. en la plana 123. del memorial, linea 20.

E *Esta misma regla, è orden mando, que se guarde cerca de las fijas, è decendientes legitimas e naturales nacidas de legitimo matrimonio del dicho Don Alfoñ de Silua, è de sus decendientes, ó del dicho Don Iuan de Ribera, ò de sus decendientes, ó de otro qualquier mi fijo, ò de sus decendientes, e la dicha Doña Maria, ò los dichos Arias, e Pedro de Silua, ò Don Pedro, ò de sus decendientes por la orden e manera suso e yuso dichas e declaradas.*

Clausula 28. en la plana 123. del memorial, linea. 28.

E *Mando, que desque alguna mi decendiẽte, ó de las personas suso declaradas, començarẽ à auer e tener la dicha villa, e logares, e bienes, con lo que dicho es, ò con alguna cosa, ò parte dello, segun la dicha mi disposicion e ordenança, que les non sean tiradas, aunque despues nazca otro pariente de mi linage e tronco, varon, ò muger mas cercano a mi, que la tal decendiente en grado de parentesco, saluo si de la tal decendiente muger naciere fijo varon legitimo natural, nacido de legitimo matrimonio: ca allegado a edad de siete años el fijo varon que le naciere, luego quiero que el tal fijo aya la dicha villa, e logares, e bienes que la tal mi decendiente tenia, e los fijos decendientes del tal fijo, legitimos e naturales nacidos de legitimo matrimonio, varones e mugeres, por la orden e forma que de suso, e de yuso en esta carta son è seran declaradas.*

Clausula 29. en la plana 124. del memorial, linea 4.

LOS Quales dichos decendientes del dicho Don Alfoñ de Silua, è del dicho don Iuã de Ribera, e de las personas susodichas, quiero que ayan la dicha villa, e logares, e los dichos bienes, con todo lo que dicho es, por la orden susodicha, e en esta manera: Que el primero e de mas edad, varõ legitimo, e natural, nacido de legitimo matrimonio, decendiente del dicho Don Alfoñ de Silua, e de los otros decendientes del, que fueren despues de sus dias, ayan la dicha villa, e logares, con todo lo susodicho, aunque al dicho tiempo aya otra su decendiente muger mayor de dias, que el dicho su decendiente. La qual dicha disposicion fago condicion, q̃ si el dicho Don Alfoñ de Silua ouiere dos fijos, o mas legitimos, e naturales, nacidos de legitimo matrimonio, que el dicho su fijo mayor, aya la dicha villa de Cifuentes, e los dichos logares, con todo lo que dicho es, e los que del decendieren, varones, e non mugeres, fasta que non aya persona alguna decendiente por la linea recta de su fijo mayor, para que todauia lo aya el decendiente varon mayor. E si el dicho su fijo mayor non ouiere fijos varones, quiero e es mi voluntad, que aya la dicha villa e logares, con todo lo que dicho es, el su fijo segundo mayor, e el su fijo varon mayor, e los que del decendieren varones, todauia el varon mayor, por la manera que dicha es, en el fijo mayor legitimo del dicho Don Alfoñ de Silua. Ca es mi voluntad, que la dicha villa e logares, con todo lo susodicho, venga antes, e lo aya el su fijo segundo, que non la fija de su fijo mayor, e primero el su fijo tercero, q̃ la fija, e fijas, que quedaren de su fijo segundo, e assi por esta orden, e forma, e manera sucessiuamẽte en todos los sus fijos, e decendientes dellos, todauia el fijo varon mayor legitimo e natural, nacido de legitimo matrimonio: E assimismo en los decendientes del dicho Don Juan de Ribera, e de las otras personas de suso declaradas, a fallecimiento de la linea, del dicho Don Alfoñ, e de sus decendientes, como dicho es.

Clausula. 30. en la plana 124. del memorial, linea 36.

E à fallecimiento de fijos varones de los dichos sus fijos, q̃ aya

aya la dicha villa, e logares, con todo lo que dicho es, la fija mayor del fijo mayor del dicho Don Alfoñ de Silua, e sus decendientes. E si acaeciere, que la fija del su fijo mayor ouiere fijos e fijas, nacidos de legitimo matrimonio, que aya e herede la dicha villa, e logares, con todo lo que dicho es, todauia el fijo varon mayor, por la orden, e manera suso e yuso dichas.

Clausula 31. en la plana 125. del memorial, linea 5.

E Si acaeciere, que su fija mayor non ouiere fijos varones, e los ouiere la su fija segunda, que el fijo varon mayor de la dicha su fija segunda, nacido de legitimo matrimonio, aya e herede la dicha villa e logares, con todo lo que dicho es: E por esta misma via e forma lo aya e herede la dicha villa, con lo que dicho es; el fijo varon mayor de las otras sus fijas, e de sus decendientes, e los decendientes de dicho don Iuan de Ribera, e de las otras personas por mi susodichas e declaradas, a fallecimiento de la dicha linea del dicho Don Alfoñ de Silua, e de sus decendientes por linea derecha.

Antes de entrar en la exposicion destas clausulas, conuiene aduertir, que esta disposicion es irregular, que nace de la volũtad que tuuo el instituydor en los llamamientos y substituciones, sin q̃ estos se ayã de regular por las reglas del derecho, en quanto ofendieren las de la voluntad. Y aunque en la corriente ordinaria de semejantes pleytos se padece engaño y equiuocacion, entrando en disputas de derecho, y dexando las de la voluntad, ò torciendo el sentido, ò no entendiendo las palabras en su propiedad, en este negocio se padece mayor, por no aplicarse a la letra, los que la hallan contraria à su pretension. Semper autem voluntati testatoris, & non iuri communi ei cõtrario inhærendum est, l. 40. Tauri, l. 5. titul. 7. lib. 5. Recopilat. ad finem, ibi: *Saluo si otra cosa estuuiere dispuesta por el que primeramente constituyò y ordenò el mayorazgo: Que en tal caso mandamos, que se guarde la voluntad del que le instituyò*, l. cum ita legatur, 33. §. in fideicommisso, ff. de legatis. 2. ibi: *Nisi specialiter defunctus ad vlteriores voluntatem suam extenderit*. l. ex facto proponebatur, 35. §. rerum autem, ff. de hæredib.

Num. 3: Esta disposiciõ es irregular.

Num. 4: Testatoris volũtati & non iuri communi inhærendum est.

heredib.instituend.cap.1.§.hoc autem notandum, de his qui feud.dare possunt,cap.1.§.vltimo,de succesion.feudi, Isernia in cap.1.num.5.de eo qui sibi & hæredibus suis masculis, Corneus in l.1.num.20.C.de conditionibus insertis,ibi: *Sed vltimæ voluntates non regulantur à ratione,sed à mera voluntate testatorum,quæ voluntas in dubio deprehenditur ex verbis prolatis per testatorem,l.non aliter,de legat.3.& l.Labeo, §. idē Tubero, de supellectil.legatá*,Siluanus consi.64.n.27.ibi: *Et clarum est,quod in dispositione merè voluntaria non semper reddi potest ratio,nisi quod sic placuit testatori, & defuncto,& sufficit pro ratione voluntas,&c.*Surdus decision.41. num.10.lib.1.Paulus de Monte Picho,consi.96.numer.110.& 111.pulchrè Fuluius Pacianus,consi.63.num.51.& 52. eleganter Hondedeus consi.48.num.41.cum sequentib.volum.2.

Num.5. Que intento tuuo el fundador en los llamamientos deste mayorazgo, y quales fuerō por mayor.

Con este presupuesto se discurrira por cada vna de las clausulas referidas,prouando por todo el discurso dellas,que el fundador en primer lugar llamò a todos los varones agnatos decendientes de su hijo mayor dō Alfonso de Silua: Y en segundo lugar las hembras agnatas,para sacar dellas varones inmediatos cognatos: A los quales llamò en tercero lugar,para què fuessen sucediendo de vno en otro,con vna limitacion, que si el que huuiesse heredado el mayorazgo dexasse hija, esta huuiesse de interrumpir las substituciones continuadas de cognatos,para que ella sucediesse. Y fue prosiguiendo en otras substituciones.

Num.6. El intento que se lleua en la glossa de las clausulas.

El intento desta glossa se endereça a prouar,que faltādo como faltaron los varones agnatos decendientes de Don Alfonso,se defirio la sucesion a Don Luys Pacheco de Silua, padre de la señora Doña Iuana, como varon cognato inmediato de agnata,como lo fue doña Iuana de Silua su madre. Y que auiendo passado en el la possesion ciuil y natural deste mayorazgo, passò asimismo por su muerte en la señora Doña Iuana. Y con esta consideracion se van expendiendo las clausulas, mostrando como fue esta expressa è indiuidual voluntad del fundador,para que de su explicacion resulte la inclusion de la señora Doña Iuana,y exclusion de los demas opositores, como se prouarà mas particularmente en la segunda y tercera parte desta informacion.

Clau-

Clausula primera en la plana 116. del memorial, linea 19.

E Todo esto que dicho es, quiero, è es mi voluntad, que quede e finque por mayorazgo, e lo aya despues de mi don Alfoñ de Silua mi fijo mayor legitimo, è de Doña Leonor de Acuña mi muger, que Dios aya, Alferez mayor del Rey nuestro señor, para que el dicho Dõ Alfoñ aya la dicha villa de Cifuentes, é aldeas della, é las dichas aldeas de Huertos, è Ruguilla, é Fuẽtepinilla, que son cerca de la dicha villa de Cifuẽtes, è los otros logares de Vililla, è Torrezilla, é todo lo otro susodicho, è al señorio dello deuido è perteneciente, è anexo, e cada cosa è parte dello, por suyo por juro de heredad, por la forma e manera que de yuso sera contenido, para el dicho Don Alfoñ de Silua, e para sus decendientes legitimos ñaturales, nacidos de legitimo matrimonio, varones e mugeres, con los vinculos, e condiciones, e pactos e prohibiciones, e clausulas siguientes en esta manera.

Despues de auer llamado el Fundador à Don Alfonso de Silua su hijo mayor, concluye esta primera clausula con estas palabras: *Para el dicho Don Alfoñ de Silua, è para sus decendientes legitimos naturales nacidos de legitimo matrimonio, varones è mugeres, con los vinculos è condiciones è pactos, è prohibiciones, è clausulas siguientes en esta manera.* Et quamuis illa verba, *varones è mugeres*, simpliciter & absolute sumpta absque vlla adiectione, regularem successionem insinuẽt, l. vltima, C. de verborum significatione, ibi: *Et si quis per suum elogium fideicommissum familiæ suæ reliquerit, nulla speciali adiectione super quibusdam certis personis facta, &c.* In hac tamen dispositione irregularem sine controuersia inducunt, animaduersis his, quæ statim subijciuntur, restrictionem, & declarationem præ se haud dubiè ferentia, iunctis post sequentibus, vt totius scripturę contextum, vnicam, & indiuiduam voluntatem producentem, intueamur, eam obnixè insectantes, l. Mæuia 44. ff. de manumissis testamento, l. nummis. 73. ff. de legatis, 3. Mantica, de coniecturis vltim. voluntat. libr. 6. titul. 13. num. 1. Caualcan. decis. 17. numer. 2. decisio. 18. nume. 96. part. 3. Surd. decisi. 43. nu. 14. decisi. 302. nume. 16. part. 1. Para que se aya de estar à lo

Num. 7. Declaracion dè la clausula primera, q̃ por ella es la disposicion irregular.

Num. 8. Ex toto scripturæ contextu testatoris voluntas desumitur.

diſpueſto por el fundador en las clauſulas ſiguientes. El qual no quiſo aplicarſe al derecho, ſino al arbitrio de ſu voluntad: Et ideò cùm à iuris regulis receſſerit, non poreſt dici, quòd illis ſuam diſpoſitionem conformem eſſe voluerit: & proptereà ab eis interpretatio deſumi non debet, Hondedeus conſil.48.nume.41.& 44.volum.2. Attendenda enim eſt teſtatoris voluntas, non verò iuris diſpoſitio, cap.1.ad finem, de duobus fratribus à Capitaneo inueſtitis, vbi obſeruat Bald. quòd tenor inueſtituræ derogat omni iuri, & naturæ feudorum, Oſaſcus, Pedemontana deciſione 23. numero. 2. Surd. conſil. 5.numer.13.& 14.libr.1.& deciſion.95.numero.16.part.1.Caualcan.deciſion.36.nume.191.cum ſequentib. part.3. Et ideò in terminis dicit Peralta in l.3. §. qui fideicommiſſam, nume. 133.ff.de hæredib.inſtituē. quod in maioratibus clauſulæ cōtentæ in inſtitutione ante omnia ſunt inſpiciendę, & ſeruandæ, vt ab eis nullo modo diuertere liceat: y aſsi dexando las diſpoſiciones regulares del derecho, por neceſsidad ſe ha de ſeguir la regular deſta voluntad.

Num. 9. Vbi teſtator a iuris regulis recedit, non deſumitur interpretatio ab eis, ſed â clauſulis inſtitutionis.

Y no lo pudo dezir mas claramente el Fundador en eſta primera clauſula, que auia de hazer cabeça a los llamamientos, que por aquellas palabras, *con los vinculos, è condiciones, è pactos, è prohibiciones, è clauſulas ſiguiētes en eſta manera:* que fue lo miſmo que ſi dixera: en eſta mi diſpoſicion no ſe han de guardar las reglas del derecho, ſino las que yo ordeno en las clauſulas ſiguientes: porque todas ellas por relacion, y declaracion de mi voluntad, ſe han de tener por incluſas en eſta primera, ex eleganti textu in l. ſi teſtamentū, 8. C.de inſtitutionibus & ſubſtitutionibus, ad finem, ibi: *Sin autem conditiones quaſdam in quauis parte teſtamēti poſuit: tunc videri ab initio conditionalem eſſe inſtitutionem: & ſic omnia cōpleri, tanquā ſi teſtator ipſas inſtitutiones eiſdē conditionibus copulaſſet, quæ infra conſcriptæ ſunt.* La deciſion deſte texto es puntual determinacion deſte caſo, aduirtiendo que el verſiculo vltimo depende del principio de la ley, que concibio ſu deciſion, caſi por las miſmas palabras, ibi: *Si teſtamentum ita ſcriptum inueniatur, ille hæres eſto ſecundum conditiones infraſcriptas.* Y por eſto las condiciones que deſpues ſe puſieron, ſe tuuieron por incluſas en la primero clauſula, y diſpoſicion, quòd efficit natura vltimæ voluntatis, l. quibus diebus, 40. §. quidam Titio, ff. de conditionibus

Num. 10. Omnes clauſulæ inſtitutionis cenſentur incluſæ in ea, quæ ſe refert ad illas.

nibus, & demonstrationibus: Conditio enim in qualibet testamenti parti adiecta, totam dispositionem reddit conditionalem, Bart. nume. 5. Fulgosius, num. 3. Angelus, num. 1. in dicta l. si testamentum.

Idquè adeò verum est, vt etiã non adiectis prædictis verbis, quæ ad cæteras clausulas sese referunt, ex eisdem prima intellectum & declarationem sortitur, vt pulchrè animaduertit Vlpianus in l. cum testamento, 87. §. vltimo. ff. de hæredibus instituend. in hæc verba: *Qui tres filios habebat, & ita scripserat, filij mei hæredes sunto: Publius filius meus exhæres esto: videri potest prima parte duos dumtaxat filios hæredes instituisse*, vbi Bald. explicat his verbis: *Nam ista detractio non venit hìc per modum correctionis, sed per modum excludendæ inclusionis*, Et postea subijcit: *Quod secũda pars testamenti priorem partem interpretatur, declarat, & restringit, facit infra eodem, l. qui non militabat*. Quem sectantur ibidem, Angel. & Imola, num. 6. Etenim testantis voluntas ex contextu totius testamenti colligitur, ita vt vna pars aliam declaret, & sequentia in præcedentia influant, late Mantica, de coniecturis vltimarum voluntatum, lib. 6. tit. 13. per totum, & præter iura & Doctores ab eodem congestos in specie responderunt Alex. consi. 52. n. 26. lib. 4. Beroius, consi. 113. n. 8. vol. 2.

Num. 11. Etiam si clausula prima non se referat ad sequẽtes, ex eis recipit interpretationẽ.

Y asi no estamos en termino de correcciõ, sino de declaracion, que ex sequẽtibus clausulis proficiscitur, l. non ad ea, 88. ff. de conditionibus & demonstrationibus, ibi: *Perinde est, ac si iuncta subiecta scriptura idem legatum esset*, l. quamuis 15. C. de fideicommissis, ibi: *Tamen, quia inferioribus verbis testamenti, &c.* & confert, l. si stipulatus, 4. ff. de vsur. ibi: *Propter inferiora verba*, & ibi: *Nam quoad verba superiora pertinet*, l. si cum fundum, 126. ff. de verborum signifi. ibi: *Tamen inferiore parte satis me liberatũ puto*: cũ alijs supra adductis.

Num. 12. Ex clausulis sequentibus nõ correctio, sed declaratio sumi debet.

Y que esta sea declaracion, y no correccion, prueuase euidẽtemente por la letra desta clausula, junta con las siguiẽtes. Porque la primera admite las hembras decendientes de Don Alfonso, y las siguientes no las excluyen, sino declaran el lugar de su llamamiento, y substituciones, iuxta l. 2. ff. de bonorum possess. secundum tabul. per totam, præsertim in versic. *Si primus*, ibi: *Cum ad suam quisque causam substitutus sit*, Et in versic. *Defertur*, ibi: *Et per seriem substitutos admittimus*, l. ex facto, 43. §. Item quæro, ff. de vulgari, ibi: *Magis autem*

Num. 13. En las clausulas deste mayorazgo no estã excluydas las hembras, sino declarado el lugar que han de tener.

est

est in vtroque eorum tempus suum separatim seruari.

Llamadas pues estan las hembras, y no excluydas, con que cessa la correccion: y por el lugar que les dan las clausulas posteriores, siruen de declaracion desta primera, propter gradus fideicõmissi præscriptos, l. hæredes mei 57. §. vltimo, ff. ad Trebel. l. cum pater. 79. §. à te peto, ff. de legat. 2.

Clausula 2. en la plana 116. del mem. line. 33.

QVE despues del dicho Don Alfoñ mi fijo, que aya la dicha villa, e logares, e bienes, con todo lo susodicho; sin lo diuidir e apartar, todo juntamente el su fijo varon mayor legitimo, que del decendiere legitimo e natural nacido de legitimo matrimonio: E si ouiere fijos e fijas, que lo aya e herede todo el fijo varon mayor legitimo natural, nacido de legitimo matrimonio, aunque alguna de las fijas sea mayor de edad que el fijo varon, aunque sea menor q̃ la tal fija, que aya lo susodicho por mayorazgo: E despues el fijo varon legitimo mayor del dicho su fijo mayor decendiente por la manera que dicha es, e assi sucessiuamente de vno en otro, todauia para el fijo mayor legitimo varon nacido de legitimo matrimonio, que decendiere de la linea derecha de los fijos mayores legitimos.

Num. 14. Declaracion de la clausula segũda, en q̃ se llamã todos los agnatos de Don Alfonso.

Num. 15. La palabra hijo varon comprehẽ de todos los decendientes varones.

El fundador despues de auer llamado à D. Alfonso su hijo, haze en esta clausula otros tres llamamiẽtos de varones cõtinuados, ex quibus dicitur contẽplata agnatio, vt posteà suo loco dicemus, n. 232. cũ sequẽ. Y aunq̃ no vso de la palabra, decẽdiẽtes varones, cõprehendio toda la decendẽcia dellos: porq̃ estando en disposicion de mayorazgo la palabrà, *Hijo varon*, comprehende todos los decendientes varones, Molin. libr. 1. cap. 6. num. 28. & 29.

Sed obstat, que fue llamamiento limitado, de padre varon, à hijo varon: y que la hembra de mejor linea y grado se ha de admitir en exclusion del varon mas remoto.

A esto se responde, que siẽdo, como es assi, que en los mayorazgos la palabra, *hijo varon*, comprehende toda la decendẽcia de varones, estãdo todos antepuestos à las hembras, claro està, que el nieto, y bisnieto del hijo segundo, que es mas remoto, se ha de preferir a la hija del hijo primero, no por otra razon, sino por estar antepuesta la decendencia de varones, y comprehenderse el nieto, y bisnieto, y los demas decendientes

tes

tes varones, en la palabra, *hijo varon*. Y que se aya de entender de varones por linea masculina, sin interposicion de hembras, ni varones dellas, resoluunt Mathesilan. singular. 129. aliàs 130. Socin. in l. Gallus, §. nunc de lege Vellcia, num. 6. versic. *Quarto deducitur*, ff. de liberis, & posth. vbi dicit comunem. Ripa in l. ex facto, §. vltimo, nu. 8 ff. ad Trebel. Tiraq. de iure primogen. quæst. 13. num. 6. Molin. lib. 3. cap. 5. num. 45. cum seq. Decian. qui verã, & indubitatam eam conclusionem profitetur, consil. 123. num. 15. & 18. lib. 3. Mantica de coniectur. vltimar. voluntat. lib. 11. tit. 15. num. 3. Peregrin. de fideicommiss. articul. 26. num. 15. cum seq. Y en este sentido vn varon ha de suceder à otro sucessiuamente, hasta ser acabados todos ellos. Socinus consl. 12. & 13. volum. 3. Ruyn. consl. 174. volum. 2. consl. 158. vol. 3. Paul. de Monte Pich. consl. 96. num. 95. Mantic. de coniectur. vltimar. voluntat. lib. 8. tit. 14. num. 16. Peregrin. de fideicomm. articul. 19. num. 16. & 17. Y no lo dexò el fundador à la disposicion del derecho, sino que quiso declararlo por aquellas palabras: *E assi sucessiuamente de vno en otro, todavia para el fio mayor legitimo varon, nacido de legitimo matrimonio, que decendiere de la linea derecha de los fijos mayores legitimos:* dando à entender por ellas, que como auia llamado los hijos varones, assi llamaua los nietos, y los demas decendientes varones in infinitum, haziendo vna linea de calidad sucessiua por todos, sin interposicion de hembra, ni hijo de hembra, por regla general para todos los llamamientos desta calidad, en cõformidad de los especiales, que antes auia hecho, l. quæ conditio. 39. ff. de conditio. & demonstratio. l. 3. §. filius inter medias, ff. de liber. & posthum. Gregorius in l. 3. titul. 13. part. 6. gloss. 2. col u. 8. quæst. 26. vers. *Sed quod fœminæ*, Molin. lib. 3. cap. 5. nu. 62. 65. & 68.

Num. 16. Quando los varones estan antepuestos a las hembras, se entiende de varones de varones, sin interposicion de hembras, ni varones dellas.

Num. 17. Y en tal caso vn varon sucede à otro varon.

Num. 18. Haze la clausula segunda vna linea de calidad de todos los varones de varones de Don Alfonso.

Quod quidem insinuat dictio illa, *y assi*, verba enim: *Et ita*, vel, *hoc modo*, generaliter debent exponi, & ampliatiuè procedit substitutio his verbis concepta, Ruyn. consil. 203. nu. 9. cum seq vers. *aliquando*, volum. 2. Socin. consl. 241. num. 16. volum. 2. Paris. consl. 90. num. 27. volu. 2. vbi dicit, quòd non posset ea dictio inducere augmentũ, nisi fideicommissum extenderetur ad omnes de agnatione actiuè, & passiuè, idem Paris. consl. 92. num. 33. volum. 2. consl. 1. num. 23. 24. 46. & 47. volum. 3. Et sumitur declaratiuè, Paris. dict. consl. 90. num. 26. volu. 2. Socin. Iun. consl. 181. num. 31. vol. 2. Et quod præcedentia declaret, &

Num. 19. La palabra, assi inducit ampliationem, & augmentum.

ampliet, pluribus relatis respondit Decian.cons.33. numer.94. volum.1.Caualcan.decis.18.num.29.vers.*nec me mouet*, par. 3. Hondede. cons.45.num.40.& 41.libr.2.Ioann. Garsia de nobilitat.in diuisione legis, num.51.

Num.20. Et importat repetitionem præcedentium.

Ex quo constat, que fue lo mismo que repetir por todos los decendientes varones los llamamientos precedientes, Socin. cons.62.num.8.vers.*secundo, quia verba*, vol.3.& alij proximè adducti: Importat enim hæc dictio non solum repetitionem præcedentium, sed etiã illorũ declarationem, & ita dicta in præcedẽtibus intelliguntur repetita, vt omnes descendentes masculi succedant iuxta formam in præcedẽtibus substitutionibus præscriptam, vt scilicèt, dum supersit aliquis de linea primogeniti, is preferatur: quia non tantum est relatiua, sed etiam declaratiua iuxta subiectam materiam, l.venditor, 14.§.si constat, ff. communia prædiorum, l.penultim.& vltim.C.de his qui sponte munera publica subeunt, lib.10.Decius cons.227.*in casu*, nu.6.Paris.cons.90.nu.26.vol.2.Decian.cons.33.nu.94.libr. 1. & est illatiua, & expositiua, vt inquit Ruyn.cons.102.numer. 11.vol.2.

Num.21. Maximè in maioratibus, & fideicommissis.

Y esto procede mas sin duda en materia perpetua, como es la del fideicommisso perpetuo, ò mayorazgo: tunc enim dictio, *& sic*, augmentatiuè adiecta cẽsetur ad ampliandũ præcedentia circa admissionem personarum, vt ita vberiori modo conseruetur fideicommissum, vel maioratus, Paris.cons.90. num.27.cons.92.num.33.lib.2.Decianus cons.33.num.94.lib. 1.& alij ex his, quos supra cõgessimus: Cum igitur prædicta dictio augmentum inducat, non debet in diminutionem trahi, l.si mancipia, 19.ff.de fundo instructo.

Num.22. Las palabras, sucessiuamente de vno en otro, todavia para el hijo mayor legitimo varon, inducen llamamiẽto perpetuo de agnatos etiam cuiuscunque lineæ.

Y mas claramente lo dizen las palabras siguientes: *Sucessiuamente de vno en otro, todavia para el fijo mayor legitimo varon*, que fue lo mismo que si dixera: sucedan todos los varones continuada, y reciprocamente. De manera, que en tanto q̃ huuiere varones, aya de discurrir la sucessión reciprocè, gradatim, & successiuè por todos ellos, porque quiere que vaya de vno en otro varon, ibi: *de vno en otro*, & ibi: *varon*, quoties enim substitutio concepta est de masculo in masculum, ea quidem dicitur esse reciproca: nam deficientibus masculis vnius lineæ, masculi alterius lineæ succedunt, vt ex pluribus probat

Num. 23.

Peregrin.de fideicommis.artic.12.num.76.vers.*sed contra*, fol. 115.& præter eos eleganter Parisius consil. 55. *viso testamento*, vol.2.num.6.ibi: *Et quando est adiecta qualitas masculinita-*

nitatis, vt in casu præsenti, dicta verba, de hærede in hæredem, intelliguntur de descendentibus masculis, vt dicit Bald. in l. Gallus, ff. de liber: & posthum. §. etiam si parente, & ibi Alex. & Socin. col, 4. vers. Secundò limita, & Ias. ibi, col. 5. & sequẽti, vers. extra glossam, & nu. 7. subijcit: *Et facit tex. quod masculi descendentes in infinitum veniant, & gradatim, in authẽtico de hæredibus abintestato venientibus*, §. 1. &c. & num. 8. cum sequẽtibus, alegando plures respondit, quòd qualitas illa, de hærede in hæredem masculum, censetur apposita in fauorẽ agnationis, & propterea fideicommissum dicitur inductũ gradatim, & ordine succesiuo, & talis qualitas masculinitatis penitus fœminas excludit, & num. 11, ita concludit: *Ex istis resultat conclusio vera, quòd per dicta verba expressa per testatorem, fuit inductum fideicommissum de descẽdente in descendentem masculum: & nedum in primum, sed etiam in posteriores: & quòd expreßè fuere exclusæ ipsæ fœminæ.*

Id ipspm in hac specie agnoscit Socin. Iuni. cons. 188. num. 7. volum. 2. ibi: *Et hoc necessario in casu isto ostenditur propter illud verbum, Maschio, quoniam quando cum nomine hæredis etiam dispositiuè prolato, qualitas sexus masculini adiungitur: putá, si dicatur, concedo tibi, & hæredibus masculis: Tunc appellatione hæredũ non veniunt simpliciter omnes succedentes iure hæreditario, sed solum descendentes masculi, vt voluit Rainer. Bald. Paul. de Castro. Alex. Aretin. & alij in l. Gallus, §. etiam si parente, ff. de liber. & posth. prout post alios tradit Ias. in 5. colu. vers. quarto vltra Bart. fallit, quod etiam firmat Dec. cons. 294. in testamento Comitis post principium, vers. sed huic conclusioni: & quia hoc est commune dictum, & contradictorem non habet, ideò super ea vlterius non insisto.*

Y aunque prosigue Socino Iun. aduirtiendo, que esto se entiende en los decendientes del grauado, y no en los colaterales, como estamos en la decendencia de don Alfonso primero llamado, y grauado, non est disputationi locus: sin embargo, que aun en esta vltima parte tuuieron lo contrario, Mantic. de cõiecturis vltimarum voluntatum, lib. 7. tit. 5. num. 16. Peregrin. de fideicommiss. dict. artic. 12. num. 76. cum seq. vbi num. 77. dicit veriorem hanc sententiam, & magis consentaneam voluntati testatoris, & eiusdem placiti authores plures recensendo, Socini Iunioris institutum refellit.

Num. 24. *Linea est nomē collectiuum, & sumitur pro lineis, & comprehendit descendētes in infinitum.*

Lo mismo resulta de la palabra, *lineā*, quæ sumitur pro *lineis*, vt animaduertit Cumanus cons. 2. num. 5. ad fin. ibi: *Illud etiam constat, non obstare quòd dicebatur, nomen, linea, vno contentum: quia cùm sit nomen indefinitum, pro vniuersali, vt dictum est, assumitur: maxime ex consuetudine loquendi:* & num. 6. latè prosequitur, Et ratio est, quia verbum, *linea*, est collectiuum multorum graduum inclusiuum, Doctores in l. Gallus, 29. §. quidam rectè, ff. de liber. & posthum. & in l. cum ita, 33. §. in fideicōmisso, ff. de legat. 2. Anchar. cons. 95. num. 7. Surd. cons. 344. num. 14. vol. 3. Peregrin. de fideicom miss. artic. 22. nu. 24. fo. 195. Cū sit collectio personarū ab eodē stipite descendentiū, l. stemmata, 9. ff. de gradib. affinit. c. quod dilectio. 3. de cōsanguin. & affinitat. l. 2. l. 4. tit. 6. p. 4. Ioan. Andr. ad arborē consanguinit. lib. 6. gloss. verb. nam etsi, in fine, in l. Gallus, 29. §. nunc, de lege Velleia, ff. de liber. & posthu. Molin. libr. 1. cap. 6. num. 37. Symon de Prætis, de interpretatio. vltimar. volunt. lib. 3. interpretat. 3. dub. 1. solut. 11. numer. 42. fol. 152. Rolandus cons. 23. num. 27. vol. 4. Raudensis decis. 28. nume. 110. Y siendo collectiua la palabra, *linea*, y de tan copiosa comprehension, no se puede dudar, en que en ella estè comprehendida toda la decendēcia de dō Alfonso: & ideò respondit Rauden. cons. 30. num. 133. vol. 2. quòd verbum, *linea*, totam successionem cōplectitur, & descendentes in infinitum comprehendit: vt ex alijs resoluit Rota nouissima Sacr. Palatij, decis. 209. num. 2. par. 2. pag. 723. Quare verbū, *linea*, tractum habet successiuum: & cum de masculina testator egerit omnes filios masculos in infinitum ex eadem linea complexus est, pulchrè Alex. cons. 53. *consideratis his*, num. 12. lib. 6. Symon de Prætis, de interpretatione vltimar. voluntat. lib. 3. interpret. 3. dubitat. 1. solut. 11. nu. 51. pag. 154. & preter eos eleganter Bald. cons. 334. *in quæstione, quæ vertitur*, num. 6. cum sequentibus, præsertim, num. 10. lib. 3. donde respondio en terminos, que quando se haze cabeça de linea de vna persona, vienen en ella todos sus decendientes, in infinitum.

Num. 25. *Lineæ masculinæ appellatione omnes masculi in infinitum cōprehenduntur.*

Num. 26. *Linea derecha significa toda la decendencia del que es cabeça de lla.*

Y para comprehender con mas facil inteligencia toda la decendencia de don Alfonso, hablò el fundador con propiedad, vsando de la palabra, *linea derecha*. Linea enim recta, siue effectiua, descendentes omnes in se continet: nam omnes dicuntur liberi, & descendentes, & vnam lineā cōstituunt, l. Iureconsultus, 10. vers. *parentes*, & vers. *sunt & ex lateribus*, ff. de gradibus

dibus affinitatis, vbi glos. verbo. *item liberi*, in dicto vers. *parentes*: porque no se considera la linea de cada vno de los decendientes, que entre si son colaterales, sino la cabeça, y estipite, a que se reduzen, como en nuestro caso la haze don Alfonso: Explicat Iure Consultus in dicto vers. *Sunt & ex lateribus*, ibi: *Et si ex inferioribus, aut superioribus gradibus, est recta linea, sursum, versum, vel deorsum tendendo, facilè inueniemus gradus, si per singulos proximum quemque numeremus*. Ruynus consil. 149. nu. 6. & 7. vol. 2. consil. 23. nu. 4. vol. 3. Decius consil. 379. nu. 5. vol. 2. Caualcan. decis. 31. nu. 10. part. 4. Burgos de Paz, consil. 26. nume. 40. cum sequentibus. Mieres de maioratu. 2. par. quæst. 7. tomo 10. tracta. par. 1. fol. 436. Paul. de Monte Picho, consil. 96. num. 122. 123. & 124.

Y auer vsado de la palabra, *derecha*, como la vsò la l. 2. titu. 15. par. 2. no fue otra cosa, sino dezir con mayor expression lo mismo, que en duda se auia de entender, hoc est: que la sucession deste mayorazgo auia de discurrir por la linea de la decendencia de Don Alfonso: Nam in dubio verbum, *linea*, ad rectam referri debet. Bald. consil. 321. *statuto cauetur*, nu. 1. vers. *item cum facimus*. vol. 1. Anchar. consil. 95. *in quæstione*, num. 7. Ias. in rubr. num. 5. ff. de noui oper. nunciat. Crauetta, consil. 656. nu. 5. vol. 4. Menoch. de præsumption. lib. 4. præsumpt. 88. num. 11. Simon de Præt. de interpretat. vltim. voluntat. interpret. 3. dubit. 1. solut. 11. num. 41. Burgos de Paz, consil. 29. num. 71. Mieres de maioratu, 2. par. quæst. 6. nu. 18. ad finem. Y assi lo entendio el fundador en las clausulas, 7. 9. y 10. donde vsò de las mismas palabras, *que decendieren de don Alfon por la linea derecha*. Y entendio por ellas todos los decendientes de don Alfonso.

Num. 27. Linea in dubio de recta intelligitur.

Y en la linea derecha de don Alfonso, dispone esta clausula, que la sucession vaya de vn varon en otro varon. Y quando puso las palabras, *Linea derecha*, quiso tambien continuar este mismo intento, de que huuiesse de discurrir la sucession por los varones, juntando con lo que auia dicho antes aquellas palabras, *que decendiere de la linea derecha de los fijos mayores legitimos*: que fue lo mismo, que dezir, que en primero lugar auian de suceder todos los varones agnatos, comoquiera que fuessen decendientes de don Alfonso: vt pulchrè deducit, & probat Paulus de Monte Picho, dicto consil. 96. nu. 122. cum seqq. & constat ex his, quæ superius diximus.

Num. 28. Las palabras, que decendieren de la linea derecha de los fijos mayores legitimos, *despues de llamar varones, comprehenden todos los agnatos.*

Num.29. La palabra, mayor, en esta clausula significa primogenito.

Y no haze consideracion para dezir, que se entiende estar llamados los varones de Padre a hijo, que aya vsado el fundador de la palabra, *mayor*: porque esta no se pone para significar, que la sucesion vaya de padre a hijo, sino para declarar, que el sucessor ha de ser el que ocupare el lugar de la primogenitura, que se entiende cada vno por su grado en falta del que immediatamente le precedio: y por esso al fin desta clausula, quando se pone la general, concluye con estas palabras, *que decendiere de la linea derecha de los fijos mayores legitimos*: para que la sucesion se aya de continuar por los primogenitos, sin suspender ningun varon, que aya adquirido la immediata causa de la sucesion: porque como no han de suceder todos juntos, es forçoso, que el que sucediere, sea el mayor legitimo varon, que es el primogenito.

Num.30. Y por esto el hermano varon, muerto el hermano, sucede como primogenito.

Por lo qual, no solo quando muere el padre ha de suceder el hijo varon, sino tambiē muerto el hermano ha de suceder el hermano, & sic deinceps, por auer de yr la sucesion de primogenito in primogenitum: Nam licèt frater respectu fratris defuncti sit collateralis, l. Iureconsultus. 10. §. secundo gradu. ff. de gradibus affinitat: secundò tamen genitus, mortuo absque prole primò genito, ius primogenituræ nanciscitur, & statim fit primogenitus, cap. licet. 6. de voto, cap. grandi. 2. de supplenda neglig. Prælator. lib. 6. Molina lib. 1. cap. 5. num. 20. Et primogenitus post mortem perinde existimatur, ac si nunquam successisset, cap. quæritur, §. itē opponitur, 22. quæst. 2. cap. nam & ego, 3. de verbor. signific. Et eo extincto, secundò genitus, quia nemo eum præcedit, dicitur primogenitus, ex l. proximus 92. ff. de verbor. significa. §. proximus, institut. de legit. agnat. suc.

Num.31. Primogenitus dicitur qui reperitur primus tempore successionis.

Vnde inquit Bald. consil. 275. nume. 9. vers. *quibus saluis*, lib. 2. illum dici primogenitum, qui tempore, quo feudū aperitur, in rerum natura est primus. Albensis consil. 60. num. 13. lib. 1. Bursatus consil. 229. nume. 21. volum. 3. Et ita secundò, & tertiò genitus, si ante se nullum habeat tempore delatæ successionis, ius primogenituræ, sibi adquirit, Bald. in l. si quis, §. talem, num. 2. C. de secundis nuptijs, & in l. 2. num. 5. C. de iure emphit. vbi Ias. numero. 121. Alexand. in l. ex facto, §. si quis autem, nume. 3. ff. ad Trebellianum, Tiraquel. de iure primogeniorum, quæstio. 3. nume. 6. cum sequentibus, Decianus,

cianus, consil.7. num.60. volum.primo, Maluasia, consil.22. num.28. 29. 106.107. Mantica lib.8. titu. 10. nume.6. Neque vlla potest constitui differentia inter verba, *filius maior*, vel, *filius primogenitus*. Baldus in l. cum antiquioribus, num.15. vers. *& primo præmitto*. C. de iure deliberandi. Molina, libro tertio, capite. 8. numero.19. Mantica, libro octauo, titul.10. num.1.

Num.32. Verba, filius maior, vel primogenitus, non differunt.

Faltando pues el primogenito, han de suceder los demas varones, etiam si sint in diuersis lineis inter se constituti, capit.1. de natura successio. feudi. Ex quo inquit Paulus, consil.164. nume.4. & 5. lib.2. quòd in primogenijs vnusquisque filius propriam sibi lineam constituit, in qua se includit, & alios in remotioribus lineis existentes excludit. Baldus in d.l. cum antiquioribus, nume.11. versic. *nono*, C. de iure deliberand. Et dum durat linea primogenitorum, illi, qui sunt de alijs lineis, non admittuntur, sed ea extincta, suo ordine patet aditus sequentibus, quasi antea suspensis, & temporaliter exclusis propter lineam primogenitorum tunc existentem. Paulus dicto consil.164. nume.5. lib.2. Celsus, consil.120. nume.12. Parisius, consil. 72. nume.102. lib.4. & omnes agnati descendentes a communi stipite dicuntur succedere per lineam rectam. Baldus, consil. 334. *in quæstione*, numero decimo, libro tertio, cum alijs adductis, numero vigesimosexto, & vigesimo octauo.

Num.33. Muerto el varō primogenito, suceden los varones primogenitos de las otras lineas.

Qua ratione vocatio primogeniti ei, & descendentibus, prælationem tribuit: non tamen ideò secundo genitus, & eius descendentes censentur exclusi, imò tacitè admissi, Parisius, consilio 72. numero 100. volumine quarto, Albensis, consilio. 51. numero duodecimo, volumine primo, Menochius, consilio 173. numero 32. cum sequentibus, volumine secundo, Molina, libro primo, cap.5. numero 19. & 20. Quia in materia perpetua, prout est maioratus, omnes substitutiones ad consequendam perpetuitatem necessariæ subintelliguntur, & perinde habentur, ac si expressim à testatore subiectæ fuissent propter subiectam materiam, quæ præsertim animaduertenda est, Socinus consilio 57. numero tertio, libro tercio. Parisius, dicto consilio 72. numero octuagesimoquinto, volumine quarto. Molina, dicto capitulo quinto, numero decimoseptimo. Y assi, no importa, que se hagan llamamiẽtos de Padre à hijo, sin añadir otras personas expressamente

Num.34. Vocatio primogeniti ius successionis tribuit omnibus adeptis ius primogenituræ.

Num.35. In maioratu substitutiones necessariæ ad perpetuitatem subintelliguntur.

mente en las substituciones, que se hazen en esta materia: nam sub eisdem vocationibus, quæ de primogenito in primogenitum conceptæ sunt, omnes alij gradus, & substitutiones quarumcunquè personarum, quæ easdem habeant qualitates, iusta ratione continentur, Ancharr. consil. 17. nu. 10. cum sequentibus, Romanus cons. 438. num. 14 Menoch. cons. 85. nu. 26. libr. 1. Hippolyt. Riminald. cons. 23. num. 51. vol. 1. de communi attestatur Molina dict. cap. 5. num. 9.

Num. 63. En la clausula 29. declaro el fundador, que la sucession no auia de yr solo de padre a hijo varon, sino a todos los varones agnatos de la decendencia de D. Alfonso.

Quod & constat ex clausula 29. donde para dar à entender el lugar desta primogenitura, y quien le auia de tener, auiendo excluydo las hembras, llama en ptimero lugar el hijo mayor de don Alfonso, y luego à su hijo segundo, y despues al tercero. Y declarando el fundador su voluntad, dize: *Ca es mi volũtad, que la dicha villa, è logares con todo lo susodicho, venga antes, è lo aya el su fijo segundo, que non la fija de su fijo mayor, è primero el su fijo tercero, que la fija, è fijas que quedarẽ de su fijo segundo.* Con que dispuso expressamente, que no auia de yr solamente de padre à hijo, sino de varon en varõ agnato, que por la muerte del precendente huuiesse ocupado el lugar de la primogenitura. Y para que no se entendiesse q̃ quedaua limitado en aquellos exemplos, subiecit regulam generalem: *E assi por esta orden, è forma, e manera successiuamẽte en todos los sus fijos, è decendientes dellos, todavia el fijo mayor varon, &c.* Y està tan clara la letra desta clausula, que no era necessaria otra autoridad. Y en otra semejante lo resoluio asi Alexand. Rauden. de Analogis, lib. 1. cap. 15. num. 301. circa firnem, versic. *Quod ex verbis sit vocatus videtur apparere, quia testator in substitutione facta Comiti Annibali, in versic. Et si ipse primogenitus, vocauit specialiter primogenitum Annibalis, & eo decedẽte sine filijs, &c. vocauit fratrem primogeniti secundum, & mox etiam tertium: Postea etiam subiunxit verba generalia dispositiua qualificantia totam testamenti dispositionem, videlicèt, quia volo semper, quòd decedente primogenito sine filijs masculis succedat frater proximus, & sic gradatim debitè referendo, &c.* Et in numeris sequentibus latè prosequitur, resoluiendo lo mismo que hemos fundado en los numeros precedientes desta clausula, y de la primera, donde discurre elegantemente en la materia.

Clau-

Clausula tercera en la plana 117. del memorial, linea 9.

E Si falleciere sin dexar fijo legitimo varon, e quedare fija legitima del dicho don Alfoñ de Silua mi fijo, ò de tal su decendiente por la linea de los varones mayores, que aya, e herede la dicha villa, e logares, e bienes, con todo lo suso dicho del dicho mayorazgo, la tal fija legitima mayor, que quedare del dicho Don Alfoñ, al tiempo que falleciere sin fijo legitimo varõ, que quiero que sea preferida a las otras qualesquiera fijas de las fijas, e despues sus decendientes legitimos e naturales nacidos de legitimo matrimonio, varones e mugeres, por la orden, e forma suso e yuso dadas.

Hasta aqui no estauan llamadas las hembras, y el lugar que en esta clausula se da a la hija mayor de Don Alfonso, es despues de todos los varones agnatos, que por disposicion estan llamados en la clausula segunda, y en esta se ponen en condicion para hazer transiato al llamamiento desta hembra. Y auiẽdola el fundador dado especial, y particular lugar, con esto declarò, que antes ni ella, ni otra hembra estaua llamada: porque aunque en la primera clausula llamò varones, e mugeres, esto fue para que tuuiessen sus lugares, y llamamientos, como adelante se los fuesse dando. Y assi con esta especial substitucion declarò, que ni expressa, ni tacitamente tenia antes llamadas a las hembras: porque esta fue la primera substitucion dellas, como consta desta clausula, y de lo que se aduertira en las siguientes. *Num. 37. Declaraciõ de la clausula tercera, en que comiença el llamamiẽto de las hembras.*

Cum igitur hanc specialem substitutionem post agnatorem vocationem testator subiecerit, in præcedentibus substitutionibus, constat neque tacitè, neque expressè fœminas fuisse vocatas: ex eleganti responso Baldi, consilio 186. *Quia allegationes*, volumine 1. numero 1. ibi: *Et in primo, & secundo puncto quadruplici regula apparet, filiam non includi in generali institutione filiorum. Prima regula iuris est, quòd legalis inclusio vnius personæ, sexus, vel qualitatis, in altero, vel altera, non habet locum, si de contraria mente testatoris apparet: Vnde sub nomine appellatiuo generis masculini, putâ, sub nomine filiorum, non includitur appellati-* *Num. 38. Con el llamamiẽto de las hembras en la clausula tercera se prueua, q̃ en la segunda no estauan llamadas expressa, ni tacitamente.*

 uum

uum nomen generis fœminini, putà, nomen filiarum, si testator maiorem affectionem ostendit ad masculos, quàm ad fœminas, vt ff. de legatis tertio, l. Lucius, §. quæsitum, versiculo, nisi: sed hic maiorem ad masculos affectionem testatorem habuisse lectio testamenti ostendit, vt ff. de legatis tertio, l. Paulo Calimacho, §. Pompeius Hermippus. Secunda regula est, quoties discretiuè disponitur de pluribus, vnum non continetur sub altero, licèt discretionis ratione non apposita crederetur includi, ff. de vulgaribus, l. cohæredi, §. qui patrem, & l. ex testamento, §. item quæro, & l. cum ex filio, § filio. Huc accedit tertia regula, quód species discretiua à genere non includitur sub genere, vt ff. de alimentis, & cibarijs legatis, l. alimenta, §. Basilicæ, & l. Stichus Nutritius, in principio, ff. de legatis tertio, l. vxorem, §. fœlicissimo: Nam quod specialiter est ordinatum à generali ordinatione, videtur exemptum, ff. de verborum obligationibus, l. doli clausula, & l. stipulationes commodissimæ, & ita opponitur de pœnis, l. sanctio legum, sed hic testator circa filias, discretiue taxatiuè, & specialiter ordinauit, ergo sub tacita, & [generali] nerali interpretatione masculini generis eas non admisit. Vt accedat quarta regula, quòd expressum facit cessare tacitum, & coniecturatum, C. de procuratoribus, l. maritus, C. de pactis conuentis, l. final. ff. de hæredibus instituendis, l. Cornelius, ff. de legatis primo, l. si ita legatum, §. illi si volet.

Num. 39. De donde se infiere, que no se puede dezir, que las hembras quedaron llamadas generalmente, ni tacitamente, ni que por omission, el derecho subministrò sus llamamientos: porque todo esto cessa con la expression de la substitucion especifica, y particular, que haze cessar todo lo generico, y conjetural, vt probant iura ab eodem Baldo adducta vbi supra.

Quam rationem sectatus Hieronymus Gabriel consilio 69. numero tertio, versiculo: *quæ conclusio.* Et numero quarto, & quinto, volumine secundo, ita inquit: *Quæ conclusio in casu nostro videtur procedere sine dubitatione: quia cum in defectum filiorum, & nepotum Ioannis, sint vocatæ filiæ Lantis principalis receptoris, apparet intellectum fuisse, vt sub concessione facta Lanti, & Ioanni pro cuiuslibet eorum*

rum filijs, & nepotibus, non comprehenderentur fœminæ: aliàs non opportuisset vocare filias Lantis, atquè de eis discretiuè disponere, Baldus in l. si in multis, de statut. homin. Iaso. in dicta l. si quis id quod, limitatione tertia, numero decimotertio, Ruinus, consilio vigesimosegundo, columna secunda, volumine tertio. Idem Gabriel. consilio 116. numero vigesimoquarto, dicto volumine secundo; Socinus Iunior, consilio 69. numero vigesimotertio, versiculo: *fateor tamen*, volumine tertio, consilio 65. numero vigesimo, volumine quarto, Zanchus in l. hæredes mei, §. cùm ita, septima parte, numero 96. & 97. Symon de Prætis de interpretatione vltimarum voluntatum, libro tertio, dubitatione tertia, solutione secunda, numero quadragesimooctauo, folio 189. Thesaurus, Pedemontana, decisione 188. numero decimosexto. Y si estando llamadas antes las hembras, se boluieran à llamar, fuera repugnante: non enim possunt eædem personæ institui, & substitui sibi ipsis, l. sed si plures, decima, §. vltimo, ff. de vulgari. Y desde esta clausula hasta la septima estan llamadas las hembras, y varones dellas, como se aduierte en la explicacion de cada clausula: con que se prueua manifiestamente, que antes no estauan substituydas, y que desde esta, extinctis omnibus agnatis descendentibus, empieça su llamamiento.

Num. 40. Desde la clausula 3. hasta la 7. estan llamadas las hembras, y varones dellas.

Y para hazer el llamamiento de la hija de Don Alfonso, pone el fundador en con condicion todos los decendientes varones de Don Alfonso, que tenia antes puestos, y llamados dispositiuamente: y esso importan aquellas palabras, *E si falleciere sin dexar fijo legitimo varon*, que fue lo mismo que dezir, *sin descendientes varones agnatos*, como se fundò en la exposicion de la causula precediente, numero decimoquinto. Et hæc conclusio absquè dubio procedit in materia tractum succesiuum habente, prout est maioratus, in qua filiorum appellatione omnes descendentes continentur. Molina libro primo, capite sexto, numero vigesimo octauo, & vigesimonono. Velazquez de Auendaño in l. quadragesima Tauri, glossa decima, numero sexto, Mantica de coniecturis vltimarum voluntatum, libro octauo, titulo octauo, numero decimoseptimo, Peregrinus de fideicommissis, articulo 22. numer. 51. & cons. 38. numer. 20. vol. 1.

Num. 41. Las palabras: E si falleciere sin dexar fijo legitimo varó, *importan lo mismo que si dixera:* Sin decendientes varones.

Y no

Num. 42. Dōde ay llamamiento de hijos, no es menester ponerlos en condicion.

Y no fuera necessario poner en condicion los hijos, presupuesto que antes estauan llamados dispositiuamente: porque el de la condicion es priuilegiado llamamiento, por cōjetura de la ley: y el que està en la disposicion es expresso, y sin disputa: y quando se haze transito a otras substituciones, non est opus addere clausulam, *Si sine liberis decesserit*: quia ea conditio censetur adiecta l. cum auus 101. ff. de conditionib. & demonstrationibus. l. cum acutissimi 30. C. de fideicommiss. l. generaliter. 6. §. cum autem. C. de institutionib. & substitutionib. Et cū adest expressa, & dispositiua substitutio, cessat legis coniectura, & attenditur natura dispositionis, Socin. in d. l. cum auus, num. 38. Costa in cap. si pater, verbo, *Absque liberis*, nu. 10. de testament. Mantica de coniect. vltim. voluntat. lib. 10. tit. 8. num. 9.

Num. 43. Y se entienden puestos en condiciō los llamados.

Y assi se ha de entender, que aquellas palabras, *E si fallecie re sin dexar fijo legitimo varon*, se entienden de todos los precedientes: cùm enim masculi vocati fuerint dispositiue in prioribus substitutionibus, in hac, vbi in conditione ponitur filius masculus, cum ad alium gradum fit transitus, eodem modo, & cum eisdem qualitatibus intelligitur facta substitutio. l. cū in testamēto 37. ff. de hæredib. instituen. l. si mater 33. §. si filius. ff. de vulgari, quæ iura probāt substitutionem censeri factam in defectū primo loco institutorum, & si id nō exprimatur, gloss. verb. *Purè*, in l. sub conditione 73. ff. de hæredib. instit. & in fideicōmissaria substitutione est tex. in l. heredes mei 57. §. vlt. ff. ad Trebel. l. peto 71. §. fratre. l. cū pater 79. §. penult. ff. de legat. 2. auth. hoc amplius. C. de fideicommiss. ex Ruino respondit in specie Gabriel. cons. 69. num. 5. vol. 2.

Num. 44. Substitutio censetur facta in defectum primo loco institutorum.

Siendo pues esto, como es assi, que los decendientes varones agnatos tienen en esta sucessiō primero lugar, y que de tal manera se viene a llamar la hēbra, si faltaren todos ellos: certū est, anteà fœminis non patuisse locum, neque ex voluntate testatoris, neque ex legis coniectura: ea enim est substitutionum natura, vt ita demum ad sequentes gradus deueniatur, si personæ in prioribus contentæ defecerint. l. si mater 33. §. fin. l. potest, quis. 36. ff. de vulgari. l. cum in testamento. 37. ff. de hæredibus instituen. l. quamdiu. 68. ff. de adquirenda hæreditate. l. hæredes mei. 57. §. vlt. ff. ad Trebel. l. vnica. §. in primo. C. de caducis tollen. in princip. institut. de vulgar. authent. de hæredib. & falcid. §. si quis autem non implens. authent. hoc amplius. C. de fidei-

Num. 45. Substitutionum natura est, ita demum ad sequentes gradus deueniri, si personæ in prioribus contentæ defecerint.

fideicommissis, vbi glossa verbo nominatus, Socin. Iun. cons. 71. nu. 25. vol. 1. Molina lib. 3. cap. 10. nu. 13. Mantica de coniectur. vltimar. voluntat. lib. 6. tit. 13. nu. 11.

Num. 46. La hija de don Alfonso tiene primer lugar y llamamiento entre las hembras.

Y aunque podia auer otras hembras descendientes de don Alfonso, dio primero lugar a la hija mayor de don Alfonso, acordandose de las otras descendiĕtes, y disponiendo, q̃ fuesse preferida a ellas, ibi: *E quedare fija legitima del dicho don Alfoñ de Silua mi fijo, o de tal su descendiente por la linea derecha de los varones mayores, q̃ aya, e herede la dicha villa, e logares, e bienes, con todo lo susodicho del dicho mayorazgo la tal fija legitima mayor, q̃ quedare del dicho dõ Alfoñ, &c.*

Num. 47. Las palabras, o de tal su decendiente, &c. de la clausula 3. no induzen llamamiento suyo.

Y no se puede inferir llamamiĕto absoluto de las otras descĕdiĕtes, por aquellas palabras, *O de tal su decendiente, &c.* porque demas de q̃ en la disposicion no està llamada mas q̃ la hija de don Alfonso, aquella diccio͂, *o*, no se ha de tomar por disiuntiua, sino por copulatiua: como si dixera: *Auiendo hija de don Alfoñ, y de otro qualquier descĕdiente varõ, suceda la fija de don Alfoñ.* Quoties enim in vltimis volu͂tatibus disiu͂ctiua inter personas apponitur, pro coniuncta accipitur, vt si posita sit inter personas honoratas, vel grauatas. l. cu͂ quidá. 4. C. de verbor. signific. vbi tradunt DD. & in l. si Titio, aut Seio. ff. de leg. 2. Menoc. cons. 187. n. 18. cum seqq. vol. 2. Honded. cons. 2. nu. 5. cum sequentib. vol. 1.

Num. 48. Disiunctiua inter personas pro coniuncta accipitur.

Num. 49. La prelacion de la hija de dõ Alfonso, fue, porque el fundador tuuo respeto a la proximidad de don Alfonso, y quitò la representacion.

Y la razon de preferir a la hija de dõ Alfonso, y q̃ esta tuuiesse primer lugar q̃ las otras descendiĕtes, fue, porq̃ el fundador tuuo respeto a la proximidad de don Alfonso stipite, y cabeça desta sucessio͂, y no a la del vltimo varon, quitando la representacion: y por esto dize: *La tal fija legitima mayor que quedarè del dicho don Alfoñ, al tiĕpo que falleziere sin fijo legitimo varon.* En que se ha de ponderar aquella palabra, *que quedare,* que importa la preexistencia de la mayoria, al tiempo de la muerte de don Alfonso, sin tener atencion a otras hijas que fuessen mayores, y huuiessen muerto en su vida: porque la sucessora auia de sobreuiuir, y quedar, al tiempo de la muerte de don Alfonso, con aquella calidad de mayoria y superexistencia, que requirio el fundador, vt illa tantùm qualitas, postposita repræsentatione, animaduerti debeat, latissime Velazquez de Auendaño, in l. 40. Taur. gl. 8. n. 11. cum pluribus sequentib.

Num. 50. Las palabras, La fija mayor que quedare, que significan.

Demanera, que las nietas, ni las otras decendiĕtes de la hija mayor, q̃ huuiesse muerto en vida de don Alfonso, no auiã de

suceder, auiēdo hija viua al tiēpo de la muerte de dō Alfonso: porq̄ esta es la mayor, à quiē en virtud de la palabra, *quedare*, se defiere la succesiō, tāquā superstiti, & superuiuenti: Que es lo q̄ importa la palabra, *quedare*, tanquam si substitutio esset his verbis concepta: *Substituo superstitem*: Tunc enim filia, quę ante patrem obierat, neque potuit ad filiam transmittere, neq; hæc filia ex matris repræsentatione ad huiusmodi succesionē conuolare valuisset. glos. verb. ad superstites, in. l. qui plures. 23. ff. de vulgari. Bald. in. l. quidam elogio. num. 22. vers. *Sed nōnē*. C. de iure deliberandi. Curtius Iunior cons. 22. num. 13. volu. 1. Socinus Iun. cons. 112. ante numerū. 1. vers. *Sed tamen*. & nu. 1. vol. 3. copiosè, & elegāter Menoch. cōs. 200. per totū, vol. 2. & cons. 417. num. 2. cum seqq. vol. 5. Hippolyt. Rimin. cōs. 617. num. 51. & 52. cons. 639. num. 30. cum pluribus sequentibus, volum. 6.

Num. 51. In substitutionē superstitis nō datur repræsentatio, neque transmissio.

Y porque podia auer hijas de las hijas mayores de dō Alfonso, y sus nietas, quitando la represen tacion, y teniendo atēcion a la proximidaidad de la persona de don Alfonso, ideò subiecit: *Que quiero que sea preferida à las otras qualesquiera fijas de las fijas*: Y es claro, que hablò de las hijas mayores, que la precedian en la mayoria, y no de las q̄ se seguian tras ella; pues respeto destas no podia auer duda.

Num. 52. En esta sucesiō la tia se prefiere a la sobrina hija de la hija mayor.

Y despues de la hija de don Alfonso, no quiso, q̄ se cōtinuasse la sucesion por las hembras, sino que sucediessen los varones dellas, como en los varones de varon, conforme a la clausula. 2. y a lo que dizen las siguientes, respeto de los varones de hembras, auiendo por inclusas en esta todas las clausulas tocātes a esta forma de sucesion, por aquellas palabras: *E despues sus decendientes legitimos e naturales nacidos de legitimo matrimonio, varones, e mugeres por la orden, e forma suso, e yuso dadas*. Y por estas vltimas palabras se restringen las precedientes, ibi: *Varones, e mugeres*: porque aunque estas suenan llamamiento regular, pero es irregular, siguiendo la forma, y orden que està dada en esta disposicion de suso, y yuso, como lo dize la clausulr. Verba enim, *supra scrptis, vel infra scriptis*, sunt restrictiua, & generalitatem præcedentem, vel subsequentem restringunt. Bart. in. l. qui liberis. §. hæc verba. num. 8. ff. de vulgar. Honded. cons. 2. nu. 19. & cons. 49. nu. 47. & 48. volum. 2. Caualcan. decis. 2. num. 19. par. 3. Rimin. Iun. cons. 737. nu. 26. vol. 7.

Num. 53. Despues de la hija de don Alfonso, no suceden las otras hembras, sino los varones dellas.

Num. 54. Verba, supra scriptis, & infra scriptis, sunt restrictiua.

Y el priuilegio, y precedẽcia, que el fundador dio à esta hija mayor, fue solo para anteponerla à las otras hẽbras; como eran las hijas de la hija mayor, que à ella le auiã de preceder, y por el consiguiente estas por derecho auiã de tener mejor lugar. Pero si la hija mayor, ò otra hembra, que si quedara viua al tiempo de la muerte de don Alfonso, se le auiã de preferir, dexara vn hijo varon, este le precediera, como lo dispone la clausula siguiente, donde se aduertira. Y esto fue, porque el intento del fundador en toda esta disposicion fue llamar las hembras en falta de agnatos, para sacar dellas cognatos, y que por estos se continuasse la sucession, de la misma manera que por los agnatos, aborreciendo la sucession continuada de hembras, y excluyendo la hija de la hẽbra, por la hembra inmediata, como se coligẽ manifiestamente desta clausula, y de la siguiẽte, y mas particularmente de la clausula 31. donde se tratarà deste pũto.

Num. 55. La prelacion de la tia contra la sobrina hija de la hija mayor, no se entiende contra el sobrino.

Num. 56. El intento desta disposicion, fue llamar las hembras para sacar varones, y excluyr las hẽbras de hembras.

Clausula quarta.

E Desque acaeciere que fija mayor del dicho Don Alfonsõ mi fijo, falleciere, que aya, è herede la dicha villa, è los dichos logares, è bienes, con todo lo susodicho mayorazgo, el su fijo legitimo varon, que fincare de la tal fija que ouiere de auer el dicho mayorazgo: è por esta via, è forma aya, è herede la dicha villa, è logares, e bienes, è cosas susodichas, las fijas que descendieren del dicho Don Alfonsõ; todauia la mayor, è los fijos descendientes dellas, todauia el mayor varon. En tal manera, que todauia aya la dicha villa, e logares, è bienes, e cosas, como dicho es, los descendientes legitimos e naturales nacidos de legitimo matrimonio, por la linea derecha del dicho don Alfonsõ de Silua, el varon mayor primeramente, e despues el varon mayor sucessiuamente, vno en pos de otro.

En esta clausula proueyò el fundador vn caso que dexauà omitido en la precediente, videlicet, si la hija mayor de Don Alfonso muerta en vida del padre, dexara hijo varon, si auia de suceder este, excluyẽdo à la tia que quedasse viua al tiempo de la muerte de Don Alfonso: y aunque las hijas de la hija mayor no se le auian de preferir, por lo que dispone la clausula tercera: pero como el fundador tuuo respeto à la sucession de los varones cognatos, para que discurriesse por ellos la sucession, como

Num. 57. Declaraciõ de la clausula. 4. en q el hijo varon de la hija mayor, de dõ Alfõso muerta en su vida tiene contra la tia, que ne llamamiento sobreuiuio.

como por los agnatos: dispuso, que el hijo varon de la hija mayor se prefiriesse à la hija de don Alfonso, que quedasse viua, y mayor al tiempo de su muerte: y por esso dize: *E desque acaèciere, que fija mayor del dicho don Alfoñ mi fijo falleciere,* que fue la que presupuso en la clausula tercera, que auia de auer muerto en vida de su padre, y continua diziẽdo: *Que aya e herede la dicha villa, e los dichos logares, e bienes, con todo lo susodicho mayorazgo, el fijo legitimo varõ que fincare de la tal fija, que ouiere de auer el dicho mayorazgo*, declarando con esto, que era la hija, que si sobreuiuiera à su padre, ouiera de preferirse à la otra, que en defecto suyo quedò por mayor, y fue llamada en la clausula precediente: y con esto cõuienen aquellas palabras, *Que ouiere de auer el dicho mayorazgo*, scilicet, si sobreuiuiera à su padre.

Num. 58. En la clausula 4. ay dos reglas, vna para la sucesion de las hijas del primer grado: y otra para los varones cognatos descendiẽtes de dõ Alfonso.

Y auiẽdo determinado este caso, passa adelãte cõ dos reglas: La vna, q̃ sirue à la sucesion de las hijas del primer grado de Dõ Alfonso: Y la otra, para todos los varones cognatos descendientes de don Alfonso. La primera regla, ibi: *E por esta via e forma, aya e herede la dicha villa, e logares, e bienes, e cosas susodichas, las fijas que descendieren del dicho don Alfoñ, todauia la mayor, e los fijos descendientes dellas, todauia el mayor varon.*

Num. 59. Las fijas que descendieren de dõ Alfonso, llamadas en la clausula 4. son las del primer grado.

Num. 60. La palabra, descendiẽtes, quãdo comprehende toda la descẽdencia.

Esta substituciõ fue de las hijas de Dõ Alfonso del primer grado, y no de las nietas, ni de las otras descendiẽtes, ibi: *Las fijas que descendieren del dicho don Alfoñ.* Y aunq̃ dixo, *Que descendieren*, esta palabra se verifica en las hijas: porque descienden, y son las primeras personas de la descendẽcia. Y entõces la palabra, *Descendientes*, es colectiua, y cõprehensiua de toda la descendẽcia, quando se pone de por si, no restringiẽdola à personas. Menoch. lib. 4. præsump. 91. n. 7. Si verò ad certas personas restringatur, eas non egreditur, Honded. cons. 14. n. 71. vol. 2. & probat tex. in l. liberorũ. 220. ver. *toties*. ff. de verb. sig.

Num. 61. La palabra, fijas, no passa de las del primer grado, porq̃ el fundador hablò discretiuamẽte de hijas, y de nietas.

Y que la palabra, *Fijas*, se aya de entender de las del primero grado, sin estenderla à las nietas, ni à las otras descẽdientes, està claro por esta disposicion: porque el fundador hablò discretiuamente de las vnas y de las otras, pues en esta clausula dixo, *Fijas*, y en la quinta siguiẽte llamò la hija, y la nieta con distincion, his verbis: *La su fija mayor, ò fija de su fijo*: y en la setima llama las descendiẽtes: y en otras clausulas vsò del vno, y otro termino, como le parecio. At, quando testator filiorum, & ne-

& nepotum, aut descendentium discretiuè mentionem facit, filiorum appellatione non veniunt nepotes, & descendẽtes, d. l. liberorum. 120. vers. *toties*. ff. de verbor. signific. ibi: *Toties enim leges necessarium ducunt in cognatione, singulorum nominibus vti, veluti filij, nepotis, pronepotis cæterorumvè, qui ex his descendunt, quoties non omnibus, qui post eos sunt, præstitum voluerint, sed solis ijs succurrerent, quos nominatim enumerarent. At, vbi non personis certis, non quibusdã gradibus præstatur, sed omnibus, qui ex eodem genere orti sunt, liberorum appellatione comprehenduntur:* vbi obseruat Bar. num. 4. præsertim, ibi: *Primo casu, quando loquitur distincte, seu discretiuè, volens discernere eos, quos nominat ab inferioribus, tunc sequentes non intelliguntur.* Gabriel. lib. 6. titu. de verbor. signific. conclus. 1. num. 81. & 92. Simon de Prætis, de interpretatione vltimarum voluntat. lib. 3. interpretatione. 3. dubitatione. 3. solutione. 1. num. 43. fol. 207. Surd. de aliment. tit. 9. q. 36. num. 18. Menoc. de præsumpt. libr. 4. præsumpt. 94. num. 6. Socin. cons. 152. num. 3. ad fin. & num. 4. volum. 1. Corneus cons. 90. num. 6. vol. 3. Gozadin. cons. 4. num. 3. vers. *Quarto etiam*. cons. 29. num. 16. & 18. Ruinus cons. 131. numero. 4. volum. 2. Socin. Iun. cons. 168. numero. 77. volum. 2. Decian. cons. 44. num. 32. cum sequentibus, volumi. 3. Surd. cons. 403. num. 21. ad fin. & numero. 22. volumine. 3. Honded. cons. 60. numero. 64. volum. 1. *Num. 62. Filiorum appellatione non veniunt nepotes, quando testator meminit discretiuê de filijs, & nepotibus.*

Et in his terminis agens de filiabus Parisius cons. 86. numer. 47. volumine. 2. ita inquit: *Hæc coniectura quatenus in eá dicitur appellatione filiarũ contineri nepotes, nihil penitus obstat, ex his, quæ plene dixi superius, in quibus probatum est in casu præsenti appellatione filiorum non venire nepotes, & vlterius cessat: quoniam post nomen filiarum ipsa testatrix copulatiuè adiunxit filias filiorum, &c. Quæ prouisio specialiter facta circa alias descendentes, declarat, quòd testatrix sub nominè filiarum noluit venire neptes, sed tantûm personas primi gradus, vt dicit Bart. in dict. §. instituens.* Quem refert & sequitur Socin. cons. 49. *Consilijs nostris*, colum. 5. in fine, volumine. 1.

Tambien persuade à esta inteligencia el intento del fundador, en quanto aborrecio la sucession continuada de hembras, llamandolas inmediatas, para que dellas se deriuasse la su- *Num. 63. Y porque el fundador aborrecio la sucession concontinuada de hembras.*

 ces-

cessìon de los cognatos de vno en vno continuadamente, como tocamos en la clausula tercera al fin, y se expendera en la treynta y vna, donde està mas manifiesta su voluntad.

Num. 64
Las palabras, Todauia la mayor, *que significan.*

Y la palabra, *Todauia la mayor*, es continuatiua de la substitucion de las dichas hijas del primer grado. Y las que se siguẽ despues, *E los fijos descendientes dellas, todauia el mayor*, tiene dependencia, y continuacion con la substitucion precediente, para que siempre que huuiesse varones hijos de aquellas hijas, huuiessen de suceder continuadamente vno empos de otro. Y esto es lo que denota la diccion, *Todauia*, que en esta primera regla se repite dos vezes, y en nuestro lenguaje tiene el mismo sentido que la diccion, *Semper*, quæ perpetuitatem, & continuationem omni tempore, & casu demonstrat, gloss. verbo, semper, in l. 1. ff. solut. matrimonio, ibi: *Semper, id est, omni tempore, & omni casu eorum temporum*: vbi Doctores, Socin. cons. 11. numero. 5. volumine. 1. consilio. 54. numero. 10. volumin. 4. Ias. cons. 55. numer. 10. volumine. 3. Boerius decisione. 158. numero. 1. cum sequentibus. Paris. cons. 90. numero. 28. consil. 93. numero. 17. volumine. 2. vbi respondit, quòd signicat tractum successiuum omni casu, & omni tempore: latè Surdus cons. 179. numero. 14. & latius cons. 181. numero 18. cum sequentibus, volum. 2. vbi ex pluribus probat, per eam dictionem significari perpetuitatem, infinitatem, successionem temporum, & omne tempus, & omnes casus in ea subesse, quod & repetit idem Surdus decisione. 255. numer. 7. part. 1. Con lo qual manifestò el fundador su voluntad, que era, que en defecto de los agnatos, sucediessen las hijas del primer grado de don Alfonso, no solo en el caso de que la vacante fuesse por su muerte, como lo auia dispuesto en la clausula tercera, sino generalmente, q̃ en qualquiera vacante por muerte de qualquiera varon agnato, que fuesse el vltimo de la descendencia de don Alfonso, sucediessen sus hijas de don Alfonso del primer grado, en la misma forma que en su vacante auia dispuesto en la clausula tercera, que sucediesse la hija que le sobreuiuiesse, y el varon cognato descendiente della, por auer comprehendido en estas palabras todos los casos, y tiempos, no restringiendose al caso en que concibio la substitucion de la hija de don Alfonso, que quedasse viua al tiempo de la muerte de su padre.

La diccion, Todauia, *dize, siẽpre.*
Et dictio, semper, *perpetuitatem, & cõtinuationem omni casu & tẽpore demonstrat.*

Num. 65.
En defecto del vltimo agnato, suceden las hijas de don Alfonso, como quiera que sea la vacante.

La

La otra regla es mas general, y comprehensiua de todos los varones cognatos, ibi: *En tal manera, que todauia aya la dicha villa, e logares, e bienes, e cosas, como dicho es, los descendientes legitimos e naturales nacidos de legitimo matrimonio por linea derecha del dicho don Alfoñ de Silua, el varon mayor primeramente, e despues el varon mayor sucessiuamente vno empos de otro.*

Num 66. En esta clausula hizo el fundador vn llamamiento vniuersal de varones de hembras.

De manera que viendo el fundador, que no podia conseruar su memoria por la sucession de agnatos: auiendo estos faltado, ocurrio à la de los varones cognatos, sacandola de las hembras: porque no podia darle principio de otra manera. Y como en este mayorazgo estan las clausulas quarenta y quarenta y vna, en la plana 129. linea. 29. de nombre, y armas, y apellido, no tan necessarias para los agnatos, que por el decoro, decencia, y obligacion de su familia, han de vsar dellas, como para los cognatos, que siendo de otra familia, para gozar de la vtilidad del mayorazgo, las han de traer con el nombre necessariamente. Por esta consideracion se tiene por subrogada la sucession de varones cognatos, en la de los agnatos, vt in his terminis considerat latè, & eleganter Paulus Parisius consilio. 18. numero. 42. consilio. 19. numero. 35. volumine. 2. & hoc ipsum sectantur Decius consilio. 480, *In casu, qui contingit*, numero. 11. libro. 2. Menochius consilio. 117. numero. 22. & 23. volumine. 2. consilio. 205. num. 14. & 15. volu. 3.

Num. 67. Con el grauamē de nombre y armas subroga los varones cognatos à falta de los agnatos, para cōseruar su memoria.

Y que esten llamados los descendientes cognatos, no tiene duda: porque vsa de la palabra, *Descendientes*, y de aquellas palabras, *Por linea derecha de don Alfoñ*, en que està comprehendida toda su descendencia. Y para dar primero lugar à los varones, y que entre ellos en esta regla no se huuiesse de entrometer hembra, prosigue: *El varon mayor primeramente, e despues el varon mayor sucessiuamente vno empos de otro*: que es lo mismo que si dixera, *De masculo in masculum*, que corresponde à los llamamientos de agnatos de las clausulas segunda, y veynte y nueue, por los fundamentos que se aduierten en la glossa de ambas. En que se deue ponderar, que hizo el fundador otra linea de calidad destos varones cognatos, como la hizo de los agnatos, para que fuesse discurriendo por ellos la sucession, por remo-

Num. 68. El fundador llamò en esta clausula todos los descendientes cognatos, y hizo otra linea de calidad de cognatos.

remotos que fuessen, sin que se interpusiesse hembra, teniendo por primogenito, y por mayor al que en la vacante tuuiesse el primero lugar, por aquellas palabras: *El varon mayor primeramente, y el varon mayor sucessiuamente*, iuxta ea, quæ dicta sunt nu. 17. &. 18. & num. 22. & 23.

Num. 69. Y para esto vsô de la palabra, Todauia.

Y boluio el fundador a repetir en esta segunda regla, que es mas capaz, y comprehensiua, la palabra, *Todauia*, para perpetuidad del tiempo, y continuacion, y comprehension de todos los casos, para que las substituciones de todos los varones cognatos inmediatos de agnatas se continuassen, y prosiguiessen, hasta ser acabados todos ellos, de la misma manera que lo auia dispuesto el fundador en la clausula segunda, respeto de los agnatos. Y esso es lo que importan las palabras, *Como dicho es*, que son relatiuas, & præcedentia repetunt cũ omnibus qualitatibus: Doctores in l. qui liberis. 8. §. hæc verba. ff. de vulgar. Ripa in. l. filiusfamilias. §. Diui. numero. 111. ff. de legatis. 1. Surdus consilio, 313. numero. 40. consil. 352. numero. 7. consilio. 417. numero. 4. volumine. 3. Menochius consil. 1005. numero. 3. volumine. 11. Peregrinus de fideicommissis, articulo. 16. numero. 111. &. 112. folio. 156. Caualcanus decisio. 18. numero. 28. part. 3. Ioannes Garsia de nobilitate, in diuisio. legis, numero. 49. & 51. Y haze mas clara la repeticion la diccion, *Como*, id est, *Sicut*, seu *Prout*, quæ dictiones sunt relatiuæ, & denotant similitudinem. l. sicut. 4. C. de repud. hæreditat. l. sicut. 3. C. de præscription. 30. vel 40. annorum. l. edita. 3. vbi Doctores. C. de edendo. l. prout quisque. 80. ff. de solution. Bartolus in extrauagant. ad reprimendum, verbo, prout, Alexand. cons. 46. numero. 9. libro. 1. Decius consilio. 63. numero. 5. & 6. libro. 1. Bursatus consilio. 85. numero. 8. libro. 1. Decianus consilio 58. numero 61. libro. 2. & alij proximè adducti.

Num. 70. Las palabras, Como dicho es, *son relatiuas, & præcedentia repetunt cũ omnibus qualitatibus.*

Num. 71. La diccion, Como, *es relatiua, & denotat similitudinem.*

Num. 72. Substitutiones sequentes per præcedentes interpretantur.

Quod comprobatur ea ratione, quod substitutiones sequentes per præcedentes interpretantur. l. qui plures. 23. l. cohæredi. 41. §. qui discretas. ff. de vulgar. l. qui filiabus. 17. ff. de legatis primo, Mantica de coniecturis vltimarum voluntatum, libro. 5. titulo. 1. numero. 20. libro. 6. titulo. 13. numero. 1. &. 4. Socinus consilio. 49. numero. 2. & 8. libro. 1. in terminis Gratus consilio. 120. numero. 26. vers. *Nonô in terminis*. Cephalus consil. 581. numero. 13. cum sequentibus, vol. 4. Mieres de maioratu. 2. part. quæstione. 6. numero. 70. tomo. 10.

10.tractat.part.1.fol.432. qui probant, quod in substitutione cognatorum seruandus est idem ordo, quem testator seruare voluit in substitutione agnatorum.

Clausula quinta, en la plana 117. del memor. linea 31.

E *Sino ouiere varones, que lo aya e herede la su fija mayor, o fija de su fijo, assi sucessiuamente vno en pos de otro, como dicho es enlos fijos: En tal manera, que auiendo descendiēte legitimo natural varō nacido de legitimo matrimonio, que aya e herede el dicho mayorazgo con todo lo susodicho toda via el mayor, e despues el siguiente, fasta que se ataje la linea descendiente de los fijos varones.*

Como enla clausula precedente auia llamado el fundador las hijas del primero grado de don Alfonso, con calidad y condiciō, que aunque cada vna dellas se auia de preferir a las hijas de la hija mayor: pero que los hijos varones de cada vna de las hijas mayores, se auian de preferir a las demas hijas de don Alfonso, y sucediendo este caso, podian faltar los varones: para q̄ en esta falta boluiesse la sucession a qualquiera de las hijas de don Alfonso, que conforme a esta disposicion tuuiesse el primero lugar, auiendo considerado este caso el fundador, haze dos substituciones particulares de hembras agnatas: y luego vna regla general comprehēsiua de todas ellas: y despues otra regla general para todos los varones cognatos dellas. *Num. 73. Declaracion de la clausula 5. y delas substituciones, y reglas que ay en ella.*

Entra pues diziendo en la primera parte, *E si no ouiere varones, q̄ lo aya e herede la su fija mayor, o fija de su fijo.* Y en quanto dize: *E si no ouiere varones,* entiende faltādo los que auia llamado en la clausula quarta, para que en este caso sucediesse la hija que se hallasse mayor de don Alfonso: y no auiēdo ninguna dellas, sucediesse la nieta de don Alfonso, hija de su hijo. *Num. 74. Los varones que esta clausula pone en condicion, son los cognatos de la 4.*

Siguese la regla general, respeto de las hēbras agnatas, en la qual estendio el llamamiento particular, por regla general à todas las hembras inmediatas de los agnatos, ibi: *Assi sucessiuamen-* *Num. 75. En las palabras, Assi sucessiua*

 uamen-

mente vno en pos de otro, *de la claúsula 5. ay llamamiento de todas las agnatas*

uamente vno en pos de otro, como dicho es en los fijos: entendiendo aquellas palabras, *Vno en pos de otro*, que ayan de dezir, vna en pos de otra: o que sea como dize la letra, refiriendolas a los mismos agnatos, haziendo la relacion a las palabras precedẽtes, ibi: *La su fija mayor, o fija de su fijo:* Que como la demostracion fue de don Alfonso, y de su hijo, assi sea respeto de los demas agnatos, vno en pos de otro, y que como ellos se auian de preferir vnos a otros, si corriera la sucessiõ por sus cabeças, por la orden de sus grados, assi en correspondencia de sus personas, de quien se auia de deriuar la sucession de las hẽbras agnatas, discurriesse por ellas de la misma suerte, por la orden, forma, y lugar que el fundador les dio.

Demanera, que la sucession auia de correr sucessiuamẽte de vna en otra hembra de las hijas de primero grado de los agnatos, de qualquiera grado que ellos fuessen, como si dixera, *Vaya la sucession de vna en otra agnata, hija de qualquiera de los agnatos*, formando regla general para todas las que fuessen hijas inmediatas de agnatos, fin de la agnacion, para dar de nueuo principio a la cognacion, sacando dellas varones cognatos, que sucediessen de vno en otro, como està dispuesto en la clausula precediente, y en la regla general que en esta se sigue.

Num. 76. La tia agnata està llamada primero que la sobrina agnata. Alternatiua inter personas denotat ordinem successionis.

Y el modo de suceder auia de ser en la forma de la substitucion especial, ibi: *La su fija mayor, o fija de su fijo*, sucediẽdo primero la tia, y despues la sobrina: Illa enim alternatiua successionis ordinem in fideicommissis, præsertim perpetuis, & primogenijs demonstrat. l. cum pater 79. §. à te peto. ff. de legat. 3. l. hæredes mei, 57. §. vltimo. ff. ad Trebel. Cumanus, consil. 107. num. 3. Curt. Iun. in l. 2. num. 14. C. de successorio edicto. Molina lib. 1. cap. 6. num. 7. Mieres de maioratu, part. 2. in initio, num. 34. tom. 10. tractat. p. 1. fol. 411. Gama, decis. 174. nu. 4. Barbosa in l. Caius, 46. nu. 21. ff. sol. matrim. tom. 2. pag. 898. Socin. Iun. consil. 50. numer. 3. & 11. volum 4. Hippolyt. Riminald. consil. 217. nu. 9. vol. 2. consil. 252. num. 54. volum. 3. consil. 458. num. 43. volum. 4. Pacianus, consil. 48. num. 12. cum pluribus sequentib.

Num. 77. Regla general

Y porque era el intento sacar destas hembras varones cognatos, para que naciendo y sobreuiuiendo, estos sucediessen, statim

statim subijcit posteriorem regulam generalē, ibi: *En tal manera, que auiendo descēdiente legitimo natural varon, nacido de legitimo matrimonio, que aya e herede el dicho mayorazgo, con todo lo susodicho, toda via el mayor, e despues el siguiente, fasta que se ataje la linea descendiente de los fijos varones.*

del llamamiento de todos los cognatos decendientes de las agnatas, limitando con este la substituciō dellas.

Pusose esta regla para limitar el llamamiento de las dichas hembras, que como quiera que dellas naciesse varon, huuiesse de suceder, y se continuasse toda via la sucesion por estos varones, hasta que se atajasse su linea, prosiguiendo el mismo intento, de que siempre que naciessen varones de hembra, se subrogassen en lugar de los agnatos, por auer sido su intēcion de conseruar en quanto pudiesse su agnacion, limitando el llamamiento de hembras por solo el tiempo de la falta de los varones en conformidad de la clausula precediente, en la qual, y en esta vsò el fundador de la palabra, *en tal manera*, que es limitatiua de las substituciones de las hembras, atajando su linea, y dando principio a la de los varones, y disponiendo que esta se continue, hasta que se ataje: porque la diccion, *en tal manera*, importa lo mismo que las dicciones, *ita vt, ita quòd*, quarum quælibet dictio præcedentem dispositionem restringit, & declarat, conditionem, seu modum inducendo. l. libertas 17. §. 1. ff. de manumiss. testamento. l. ita tamen 27. l. Lucius 78. §. quæ habebat. ff. ad Trebel. Bartol. in l. quibus diebus 40. §. Termilius nu. 4. ff. de conditionibus, & demonstrationibus, ita satis ad rem respondent. Curtius Senior, consil. 49. num. 40. Paris. consil. 17. num. 19. consil. 106. num. 9. volum. 1. Craueta, consil. 25. num. 26. volum. 1. Decian. consil. 31. num. 4. volum. 2. Riminald. consil. 491. num. 63. volum. 5. Hondedeus, consil. 45. num. 42. & 43. volum. 2. Gabriel. consil. 111. numero 23. lib. 1. Rota nouissima, decis. 111. nu. 1. part. 1.

Num. 78. Las palabras en tal manera restringen, o declaran lo passado, induziendo condicion, o modo.

Y assi en tanto que durare la linea de los varones descendientes, & ea existente, por esta clausula las hembras no tienen entrada, y quedan suspendidas: en que se han de expender aquellas palabras, *Fasta que se ataje la linea descendiente de los fijos varones*; nam quando fœminæ excluduntur, donec, vel quousque extant masculi, ea exclusio pro suspensione

Num. 79. Mientras dure la linea de los varones cognatos, esta suspensa la entrada de las agnatas.

Por las palabras fasta que se ataje la linea descẽdiẽte de los fijos varones.

sione accipitur existentibus masculis, & fœminæ dicuntur suspensæ, & temporaliter exclusæ, copiose & eleganter Bartol. in l. vltima. §. quando in pendenti, numero 1. & 2. ff. ad Tertul. pulchrè Bald. in l. 2. num. 5. C. de liberis præteritis, vbi Alexan. numero 2. Socin. Iun. consil. 76. numero 113. volumine 1. Nonius, consil. 8. numero 2. Hippolyt. Riminald. consil. 31. numero 19. consil. 82. numero 8. & 9. volum. 1. Hieronym. Gabriel. consil. 7. numero 8. volum. 2. Gabriel. commun. opin. lib. 6. titulo de statutis, conclusione quarta, numero nono, Brunus, de statutis excludentibus fœminas, articulo 10. numero 71. cum sequentibus, tomo secundo, tractat. fol. 217. Virtus enim harum dictionum, *quousque, donec, quandiu*, & similium, hæc est, vt si adijciantur actui limitationem temporis continenti suspensionem pro illo tempore inducãt. l. 2. versic. *Pro qua quisque parte.* ff. de bonorum possesion. secundum tabulas. l. pater Seuerinam 100. §. vltimo. ff. de conditionibus & demonstrationibus. l. Titius 48. ff. de excusatione tutorum. l. 1. C. de legatis. l. vltima. §. donec. C. de iure deliber. Y esta linea de varones, que se ha de atajar, ha de ser continuada de vn varon en otro varon, sin que pueda suceder hembra, en tanto que los huuiere, sino es en el caso, que prouee la clausula sexta siguiente: la qual declara, de que manera se han de entender las palabras, *Fasta que se ataje la linea descendiente de los fijos varones*, como se aduertirà en la exposicion della.

Num. 80. Dictiones, donec, quandiu, quousque, quid significant.

Clausula sexta.

E Desque falleciere fijo descendiente legitimo natural nacido de legitimo matrimonio, que aya, é herede la dicha villa, é logares, è bienes, con todo lo susodicho, á fallecimiẽto de los dichos varones la fija legitima natural mayor nacida de legitimo matrimonio del dicho varon, que ouiere heredado la dicha villa, é logares, è bienes, con todo lo suso dicho, por cuyo fallecimiento se atajare la linea de los dichos varones.

Num. 81. Declaració de la clausula 6. en q̃ limita la regla general del llamamiento de los cognatos, en la hija del vltimo posseedor.

Entra pues esta clausula 6. declarando, como entendio el fundador lo que dixo al fin de la precediente, ibi: *Fasta que se ataje la linea descendiente de los fijos varones:* que es en vn caso particular, en que quiso dar priuilegio a la hija del vlti-

vltimo posseedor varon, para que esta sucediesse, no quedando hijo varon de su padre: y fue vna limitacion, que puso a la regla que hizo en las clausulas 4. y 5. para que todos los varones cognatos sucediessen de vno en otro, como auian de suceder los agnatos, y en falta dellos, sin que se interpusiesse hẽbra, aunque fuesse de mejor linea, y grado: y para limitar esta regla, considerò dos lineas de descendientes. Vna natural, en que se comprehenden varones, y hembras, que es la que induze el derecho. Otra de su voluntad, en que por la calidad de varones se aparta el testador de la disposicion del derecho, disponiendo, que no entran en ella las hembras, sino puros varones: y esta se llama linea de calidad, vt diximus, nu. 68. Quiso pues limitar esta linea de calidad, y boluerse a la natural solo para este caso, de que no dexando el posseedor del mayorazgo, varon, en falta del, y de todos los varones, que le precedieron, sucediesse la hija del tal varon vltimo posseedor. *Num. 82. El fundador considerò dos lineas, vna natural, y otra de calidad.*

Y que esta clausula viniesse a declarar la precedientè, y en cõtinuacion della se prueua, porque empieça por las mismas palabras de la clausula quarta, que fue declaratoria del caso omitido en la tercera, de la manera que alli se dixo, y en esta por via de limitacion, sacando de la regla de la quinta el dicho caso que antes auia insinuado, y à que auia dado motiuo por las palabras, *Fasta que se ataje la linea descẽdiente de los hijos varones*, en que venia a estar la duda, como se auia de entender la palabra *ataje*, la qual podia tener dos sentidos. El vno, de que se acabasse de todo punto la linea de los varones, como la entendio el fundador en la clausula 8. ibi: *E si la linea del dicho dõ Alfoñ de Silua se atajare, que los aya, è herede don Iuan de Ribera mi fijo, &c.* Donde no se puede entẽder aquella palabra de otra suerte: porque el fundador hizo este mayorazgo, principalmente para don Alfonso su hijo, y toda su descendencia, y en defecto della, llama à don Iuan de Ribera, y a los demas, como tuuo obligacion de hazerlo por la facultad Real, que le obligò a que el mayorazgo de Cifuentes le hiziesse en Dõ Alfonso, y en sus descẽdientes, & debuit seruare formam rescripti, c. cũ dilecta, de rescript. Molin. lib. 2. c. 2. num. 27. *Num. 83. La clausula 6. vino a declarar la 5.* *Num. 84. La palabra, atajar, en esta disposiciõ, puede tener dos sentidos, por acabarse la linea ò interrumpirse.*

Y como esta era duda considerable, y en la clausula quinta quedaua dudosa aquella proposicion, y se inclinaua mas su inteligencia a que se huuiessen de acabar todos los varones por *Num. 85. En la clausula 6. la palabra, atajar, significa in-*

terrumpir, y cortar, y este es el propio significado suyo.

la regla que dexaua puesta, en que auia de correr la sucesion continuadamente por ellos, viene a declarar en esta sexta, que aunque aquella palabra, *ataje*, en la regla que tenia dada, auia de tener el mismo sentido que la palabra, *acabe*, y *fenezca*, porque de otra manera, fuera repugnante à la regla, y a su voluntad, en que auia dispuesto, que sucediessen continuadamẽte todos los varones, en conformidad asimismo de la otra regla que tenia dada en la clausula quarta: pero que sucediendo el caso de la sexta, la palabra, *atajar*, se huuiesse de tomar, por cortar, è interrumpir, como se auia de atajar, é interrumpir la linea de calidad de varones, boluiendo à la natural para en solo este caso. Y verdaderamente este es el propio significado de la palabra, *atajar*, y aqui hablò el fundador con mas propiedad, aduirtiendo, que no tenia llamadas hembras para que sucediessen entre los dichos varones, porque si las tuuiera llamadas, no dixera aquellas palabras del fin desta clausula: *Por cuyo fallecimiento se atajare la linea de los dichos varones*: porque antes el llamamiento de la hija del vltimo posseedor era continuatiuo de la linea derecha descẽdiente, sin que se pudiera dezir, que se cortaua, ni interrumpia la linea natural, si cõ ella se huuiera conformado el fundador: mas como hizo otra linea de su voluntad, que fue la de la calidad, esta entendio, como ello era asi, que se atajaua, y cortaua, para auer de boluer à la natural en el caso de la limitacion. Y prueuase esto con mas euidencia por la glossa del mismo fundador, en la clausula septima siguiẽte, donde como en esta 6. auia entendido la palabra, *atajar*, por cortar, è interrumpir la linea, que no estaua acabada, dize en la septima estas palabras: *Fasta que los decendientes de mi, e del dicho Don Alfoñ de Silua, mi fijo por linea derecha nacidos de legitimo matrimonio, se acaben*, que son palabras, que denotan total extincion de la linea.

Conforme à lo qual, porque auia de suceder la hija del vltimo posseedor, aunque quedassen varones, por quien se huuiesse de continuar la linea de calidad, el fundador dixo, que para este caso se cortaua la linea de los dichos varones: que sino fuera asi, la palabra, *atajar*, fuera totalmente contraria, y repugnante à la linea natural, que no se podia cortar por la hembra, antes continuarse: Quoniam linea tàm masculos, quàm fœminas descendentes complectitur, eaquè est linea naturalis, & iure probata, l. stemmata, 9. l. Iureconsultus, 10. vers. *at quoties*, & per

Num. 86. Linea naturalis masculos, & fœminas cõprehendit.

& per totam legem, ff. de gradibus affinit. §. 1. cum sequentib. instit. eodem titulo, l. 4. titul. 6. part. 4. Bald. consil. 321. *statuto cauetur*, num. 4. volum. 1. Gregor. gloss. 1. in l. 2. titul. 6. part. 4. Tiraquel. de retract. libr. 1. gloss. 9. num. 1. cum sequentib. Beroius cons. 77. num. 14. volum. 2. Bursat. cons. 243. num. 4. vol. 3. Menoch. cons. 205. num. 8. volum. 3. Corbulus de causis ex quibus emphiteuta iure suo priuatur, titul. de causis priuationis ob lineam finitam, num. 40. fol. 73.

Y asi no es esta linea natural la que se corta, y rompe, sino la accidental de varones, constituyda por voluntad del fundador: la qual viniendo el caso, en que la hija del vltimo posseedor ha de suceder, se rompe, quedando entera para los otros casos comprehendidos en la regla: Ille enim tantum gradus rompitur, exemplo text. in l. 3. §. fin. ff. de iniusto rupto, & in l. nam etsi sub conditione, 5. ff. eodem titu. ibi: *Tamen pendente conditione, rumpitur gradus*, & in versic. *rumpendo*, ad fin. ibi: *Nam tollendo primum gradum, sibi locum facit*. Y este es el sentido propio, y natural de la palabra, *atajar*, y el que se ha de seguir en esta limitacion, porque en ella està su propio significado: à propria autem verbi significatione non licèt diuertere, nisi aliud sensisse testatorem manifestum sit, l. non aliter, 63. ff. de legat. 3. *Num. 87. En la clausula 6. no se ataja, ni rõpe la linea natural, sino la accidental de varones continuados.*

Y en la clausula quinta, en quanto à la regla, necessariamente se ha de tomar en sentido de acabarse toda la descendencia de varones de don Alfonso, videlicèt, que no sucediendo el caso de la la excepcion, contenida en la clausula sexta, signifique total extincion de todos los varones de hembra descendientes de don Alfonso, asi por lo que contiene la clausula quinta, como porq̃ en la quarta dexaua hecha la misma regla general, para que primero que se diesse entrada à las hembras, sucediessen todos los varones sin distincion, y porque en la clausula 8. està en este mismo sentido, como se ha ponderado. Ex quibus cũ congrua & bene subducta, ac perpẽsa sermonis ratione, is sensus facile & apertè proficiscatur, ei quidem opus est deferre, etsi aliqua impropietatis nota argui posset. d. l. non aliter 63. §. 1. ff. de legat. 3. ibi: *Non enim in causa testamentorum ad verborum definitionem vtique descẽdendum est, cum plerunque abusiue loquantur, nec proprijs nominibus, ac vocabulis semper vtantur*. l. 3. §. conditio. ff. de adimẽdis legatis, ibi: *Sed melius est, sensum magis, quâm verba amplecti.*

Num. 88. En la clausula 5. la palabra, atajar, se toma impropriamente por acabar.

Num. 89. Verba impropriantur, propter subiectam materiã.

*plecti.*l.3.C.de liber.preteritis,ibi: *Cum enim manifestissimus est sensus testatoris,verborum interpretatio nusquam tantum valet,vt melior sensu existat.*l.Publius 36.§.1.ff. de condit.& demonstr.& pro regula traditum est, intelligentiam dictorum ex causis dicendi assumendam esse:quia non sermoni res,sed rei sermo debet esse subiectus,cap.intelligentia,6.de regul.iur.l.vlt.C.quæ res pignori obligari possunt.

Num.90.
No es inconueniente, que vna misma palabra tenga dos sentidos en vna disposicion.

Y no es de inconueniente,q̃ vna misma palabra en vna parte se entienda de vna manera,y en otra de otra. Socin. consil. 49. *capio primam,* volu.1.sub num. 10. versic. *Nec est inconueniens aliquando,quod vnum & idem verbum respectu diuersarum personarum stet proprie, & improprie,l. stipulatio.§.hi quoque,ff.de verbor.obligat.l.plenum, §. æquitij, ff. de vsu,& habitatione.*Craueta cons.258.nu.5.volum.2.dummodo disponentis intentioni deseruiant, Socin. Iun. cons.1. num.9.cons.39.num.51.volum.3.Hippolyt. Riminald. cons. 117.num.21.cum sequentibus,volum.2.cons.624.numer.29. consil.672. num.88. volum.6.Et nullo habito propietatis, aut improprietatis discrimine, quoties verba dupplicem significationem sortiri possunt,eam sectamur, quæ subiectæ materiæ, & nature actus, ac rei, de qua agitur, magis consonat, & adaptatur,l. si vno, 17. ff.locati,l.Insulam, 6. ff. de præscriptis verbis,gloss.verb.*eas verò,*in l.eas causas,79.ff.de condit.& demonstrat.Cephal.consil. 451.nu.85. volum.4. Decian.consil. 108.num.33.vol.3.Rota nouissima decisio. 276. num. 1. part. 2.etiam impropriãdo verba,Dec.in l.1.num.13. C.qui admitti ad bonorum possessionem possunt,& in l.quoties idem sermo,67.num.1.cum sequentibus,ff.de regulis iuris,Crauet.cõsil.202.num.38.volum.2.Decian.cons.86. num. 61. volum. 3. Rota nouissima decisione 39.num.9.part.2. vbi plures recensendo fuit resolutum, ob subiectam materiam verba impropriè accipi,suppleri,& alterari,etiam si sint pregnantia, & versemur in ijs, quæ strictæ sunt interpretationis, & quando verba testatoris non possunt propriè in aliquo verificari,tunc verificantur etiam impropriè,l.fundus, qui locatus,24.ff.de fundo instructo,l.quibus diebus,40.§. Dominus, ff. de conditionibus,& demonstrat.ex quo textu eam conclusionem colligit ibidem Socinus num.4.l.si ita scripsisset, 47. ff. de legat.2. vbi Bartol.num.1.l.cum tale,71.§.falsam conditionem, ff. de conditionibus,& demonstrationib.Honded.consil.63.num. 91.vol.

91.vol.1. improprijssimè etiam verba esse explicanda, ne sint superflua, constat ex l.cum filio familias 48.ff.de legatis.3. Mantica de coniecturis vltimar. voluntat.lib.3. tit.6. num.1. ad finem, Hondedeus vbi supra.

In cuius rei comprobationem adduci potest illius controuersæ quæstionis decisio: nempe an linea dicatur deficere, vel finiri, quando aliquo ad successionem inuitato, sub ea conditione substitutio cōcipitur: si deficiat, aut finiatur linea huius primi vocati, & ipse decedit sine liberis non natis, seu non susceptis, in qua quæstione recepta est sententia eorum, qui cōtendunt, quòd quamuis nondum inceperit linea liberis non susceptis, illa tamen verba, *deficiat*, vel *finiatur*, propter subiectam materiam, & testatoris mentem, huic rei adaptari valeant, & substitutio sustineatur: vt præter alios copiosè disputant, & resoluunt Hippolyt.Riminal.consil.117.num.11.& 12. & 53. cum seqq. volum.2. & consil.412.nume.81. vol.4. Menoch.consil.1063.per totum, volum.11. & satis ad rem Bertazolus consil. 69. nume. 27. cum sequentib. lib.2. in ciuilibus. vbi num.27. ita inquit.

Num.91. Conditio si deficiat, aut finiatur linea, impletur etiam liberis non natis.

Et licet linea liberorum testatoris, quæ à liberis initium sumere regulariter debet, vt per Castrensem, Iasonem, & alios, in l. maritus, C.de procurator. Socin. consil.33.num.8. & 9. in 3. Deci.consil.379. num.4. & 5. Roland. à Valle consil.23.num.28. in 4. non videatur posse finiri, & deficere in persona liberorum primi gradus, cum non videatur posse dici linea: vt per Ruinum consil.4. in prin. in 3. Paris.d.consil.74. & Alciat. consil. 46. omnes in eodem casu consulentes: In casu tamen isto non est curandum de hoc. Tum quia in secundo testamento testator vocando dicta hospitalia cōstruenda, non fuit loquutus per verba finita linea, nisi in vno loco, sed per verba deficientia liberorum, & promiscuè, vtens his clausulis, intelligens alteram declarare, sicut vna pars testamēti clara aliam dubiam declarat. l. qui filiabus, in princ. ff. de legat.1. Iulius Clar. in §. testamētum, quæst.76. 3. regula, &c. Et num.29. cum sequentibus subijcit: *Quia quando testator declarat verbum lineam ex alijs verbis, vt in casu isto factū fuit, vt supra, tunc accipitur contentiuè, & secundo modo. Cumanus consil.2. colum.1. in fine: Nam statur voluntati, & menti testatoris, licet in intellectu lineæ errauerit Alciat. d.consil.46. num.10. & quòd quando ex alijs verbis testatoris con-*

ris constat de mente eius, linea sit capienda subiunctiuè, & contentiuè, tradit Paris. consil. 40. num. 42. vol. 1. & Rolan. d. consil. 23. num. 39. & seq.

Num. 92. En la clausula 5. hizo el fundador linea de calidad de varones cognatos, por las vltimas palabras della.

De que resulta, que en la clausula quinta, en quanto la palabra, *ataje*, se reduze a la regla, por la volũtad, y subiecta materia, se ha de tomar por acabar, y fenecer: porque, como se ha aduertido, la linea de que alli trata, es de los varones cognatos de toda la descendencia de Don Alfonso, qui fuerunt collectiuè vocati, haziendo el testador linea de calidad, y de su voluntad de todos ellos: y como la linea de sustancia contiene colleccion de personas, varones, y hẽbras, vt dictum est: quando el testador haze la linea de varones, tunc illa dicitur collectio omnium masculorum, qui ordine successiuo censentur vocati, vt considerat Magonius, Florentina decisio. 138. nu. 1. & in hac linea qualitatis de vno in alium masculum successio continuatur, Bald. cons. 334. nu. 10. volum. 3. Ancharran. consil. 95. nu. 7. Peregrin. de fideicommissis, art. 26. nu. 29. fo. 249.

Num. 93. Y que fueße sin interposicion de hembras, por las palabras, la linea descendiẽte de los fijos varones.

Quod quidem in hac specie absque cõtrouersia procedit, animaduersis illis verbis quintę clausulę, ibi: *Fasta que se ataje la linea descendiente de los fijos varones*, que son palabras mas aptas para la continuacion de los varones, sin interposicion de hembras, docet Gregor. gloss. 1. ante finem, in l. 2. tit. 6. par. 4. ibi, *Si tamen testator, vel alius disponens vtatur alijs terminis, nõ dicendo ex linea, vel per lineam, sed vocaret ad fideicommissum lineam virorum, seu diceret, fideicommissum vadat per lineam virorum: qui est casus diuersus à traditis per Doct. in d. § nunc de lege, tunc sine aliquo scrupulo fatendum eßet, nullatenus comprehendi fœminam, cum ipsa non sit in linea virorum: In fœmina enim linea virorum non continuatur, imò extinguitur, & incipit in ea linea fœminina. Casus est in l. pronunciatio. §. fin. ff. de verb. sign. &c.* Et subdit, hanc assertionem esse de mẽte omniũ, & neminem ei aduersari, subscribit Mieres de maioratu. 2. par. q. 6. num. 54. Ratio est, quia filia nõ dicitur esse in linea masculorũ propter sexus repugnantiam. Alciat. in l. cognoscere. nu. 8 in fine. ff. de verbor. signific. Marius Solomonius, in l. Gallus, §. nunc de lege, ad finem. ff. de liber. & posthumis. Curt. iun. in l. 1. nu. 21. C. vnde vir, & vxor. Socin. Iun. consil. 69. nu. 30. vol. 3. Menoch. consil. 205. num. 27. cum sequentibus, & nu. 40. cum sequentibus, volum. 3.

La

La palabra, *descendiente*, aplicada a la linea, denota, que todos los varones de la descendencia de Don Alfonso han de suceder continuadamente, porque, como el fue el primero llamado, hizo cabeça a toda su descendencia, y estãdo llamados los varones della, diziẽdo, *varones descẽdientes*, no tienen entrada las hembras, vt sæpius repetitum, & expensum est in præcedentibus, & sequentib. clausulis: y fue lo mismo dezir, *linea descendiente de los fijos varones, que si dixera la linea de los descendientes varones*, q̃ es la inferior: sunt enim tres lineæ: Prima superior ascendentium: Secunda inferior descendentium: Tertia collateraliũ, l.1.l. stemmata.9.l. Iureconsultus.10. ff. de gradib. affinit. §.1. cum sequentib. instit. eod. tit. l.2. titu.6. par.4. Y de la que tratamos, es la inferior de descendientes: y por esso con propriedad dize el fundador, *linea descendiẽte*. d.l.1. ibi: *Superioris ordinis sunt parentes, inferioris liberi*. d.§.1. ibi: *Superior cognatio est parentum; inferior liberorũ*. d.l.2. tit.6. par.4. ibi: *La otra que desciende, assi como hijo, o nieto, o bisnieto, o trasbisnieto, è dende ayuso*: Y auer puesto la palabra, *descendiente*, fue conformarse con la disposicion del derecho: Nam in dubio appellatione lineæ venit descendens, seu recta: Bald. consil.321. *statuto cauetur*, num.1. lib.1. Socin. cons.33. num.8. & 9. vol.3. Deci. consil.379. *requisitus*, nu.5. vol.2. Ruin. consil.98. nu.3. vers. *si ergo*, cum sequentib. volum.1.

Num. 94. Porque la palabra, descendiẽte, aplicada a la linea induze llamamiento de toda la descendencia.

Y la palabra, *varones*, califica la linea descendiente, para que sean puros varones: porque aunque la palabra descendiẽte es apta para varones, y hembras, limitase con la palabra, *varones*, que por su naturaleza excluye las hembras, vt est vulgatum: y en mas fuertes terminos supliẽdo la palabra, *linea masculina*, de otra parte de la disposicion. Eleganter probat Raudensis, consil.35. nu.59. vers. *septima coniectura*, cum sequentibus. lib.1. his verbis: *Septima coniectura resultat ex similitudine mentionis descendentium in illa clausula, si dicti filij mei decesserint, quod Deus auertat, sine filijs, vel descendẽtibus legitimis natis ex vero matrimonio, & per lineam masculinam legitimam, &c. cum dicta clausula contentiosa, in vtraque enim fit mentio descendentium: Ergo cum non sit considerabilis ratio diuersitatis, propter quam in hac conditionali mentione descendentium, voluerit generalem formã vocis, descendentes, coangustare ad vnam speciem masculinam,*

Num. 95. Y la palabra, varones, califica la linea, que llama, para q̃ sean puros varones.

nam, & per consequens excludere fœminam, cum vnius inclusio sit aliorum exclusio. l. cum prætor, de iudic. capit. nonne, de præsumptionib. In terminis notat Parisius consil. 72. numero 21. lib. 4. est habendum pro constanti in dicta dispositiua mentione, inesse eandem restrictionem ad masculos Raudenses, cum verba disponentium sint in primis intelligenda, secundum quod ipsi intelligentes ea vocabula intelligebant, &c.

Num. 96. Sin interposicion de hembras.

Cùm igitur hæc linea descendens debeat esse masculina, seu virorum: consequens est, in ea nullam fœminam admitti posse, vt ostendimus, y la continuacion de varones en la regla que cõtiene la clausula quinta, ha de ser hasta que no quede ningun descendiente varon: porque auiendose hecho linea de calidad de todos ellos, esta se ha de continuar hasta fenecerse, in quo expendenda est. l. 2. titu. 6. par. 4. ibi: *linea de parentesco es ajuntamiento ordenado de personas, que se tienen vnas de otras, como cadena, descendiendo de vna rayz, é fazen entre si grados de partidos.* De manera que la linea tiene trauazon, y continuacion, como vna cadena, & apud antiquos linea pro funicolo vsurpabatur, vt ex Cicerone, Plinio, & Columella probarunt Hotomanus, Brisonius, & Prateius, verbo, *linea*, Tiraquellus, de retractu, libro primo, glossa nona, numero primo, & constat ex lege lineam Margaritarum 26. ff. ad legem Falcidiam. l. vltima, §. finali. ff. de auro, & argento legato. l. si seruus 27. §. si cum maritus. ff. ad legem Aquiliam. l. inter eos. 29. ff. de acquirend. rerum dominio. l. si quis vxori 53. §. si linea. ff. de furtis.

Num. 97. Por la clausula 6. solo està llamada la hija immediata del vltimo posseedor.

Y como quiera que el fundador en està clausula sexta puso vna sola excepcion de la hembra, hija del vltimo posseedor, en todos los demas casos confirmò la regla en contrario. l. filio præterito. 17. ff. de iniusto rupto. l. Tribunus. 21. ad finem. ff. de militari testamento. Y assi ninguna otra hembra, que no sea hija del primero grado, è immediata del vltimo posseedor, no ha de tener entrada por esta clausula sexta, por aquellas palabras: *La fija legitima natural mayor, nacida de legitimo matrimonio del dicho varon, que ouiere heredado la dicha villa, è logares, è bienes, con todo lo susodicho, por cuyo fallecimiento se atajare la linea de los dichos varones.* Por tres razones.

La primera, por lo que se dize en la clausula treynta, en quanto se prueua en el num.154.con los siguientes, que quando se llama la hija mayor, con calidad de que es hija de tal varon, por esta demonstracion es visto el testador no llamar à otra hembra ninguna, cuyo llamamiento, ni se representa, ni se transmite, ni passa en otra hembra alguna: y esto procede mas claramente en esta clausula sexta, ibi: *Nacida de legitimo matrimonio del dicho varon que huuiere heredado la dicha villa, &c.* Porque aqui ay tres calidades muy importãtes. La vna, ser hija legitima mayor del tal varon. La otra, auer nacido del. Y la otra, que este varon aya heredado el mayorazgo: la qual es mas demonstratiua de la calidadad que ha de tener esta hija, y haze condicion al llamamiento: porque sino fuere hija del vltimo posseedor, no podra suceder en este mayorazgo. Y assi la hembra que no tuuiere estas tres calidades, no podra suceder: recepta enim conclusio est, quod vbi ad successionem maioratus requiritur per institutorem, quòd successor habeat certas qualitates, oportet, quòd is successor probet se eas qualitates habere, aliàs si id non probauerit, vtiquè excludetur. Paris. cons.72.num.96.lib.4. Menoch. consil. 97.nu.102.lib.1: sin embargo, que este sucessor tenga todas las calidades, que se requieren en los mayorazgos regulares, siendo, como es este, irregular, como se prueua en el discurso de la glossa destas clausulas. Inclusio enim certorum, est exclusio aliorum, qui diuersi sunt ab inclusis, Bart. in l.2.§.videndũ, nu.2. ad fin.ff.ad Tertulia.ex ratione text. in l.cũ Prætor.12.ff.de iudic.& in l.cum ita datur, 93.ff.de conditio. & demonstration.

Num. 98. Vbi certa qualitas requiritur, ea probari debet, alias non admittitur.

Nu. 99. Inclusio certorũ est exclusio aliorum.

La segunda, porque como diximos en la clausula tercera, num.50.cum sequentib. y en la clausula quarta, num. 59. cum sequentib. por este llamamiento solo se entiende estar llamada la hija inmediata del primer grado del vltimo posseedor, en conformidad de la inteligencia que hemos dado à las dichas clausulas: y esta lo prueua con mas euidencia, por la razõ de la induccion de las palabras desta clausula que hizimos en la razon precediente.

Nu. 100. Por el llamamiento de la clausula 7. se prueua, que en la 6. no estaua llamada mas q̃ la hija inmediata del vltimo posseedor.

La tercera, y la que mas descubre la volũtad del fundador, que quiso hazer este llamamiento limitado, es, porque si todas las hẽbras estuuieran llamadas en esta clausula sexta, no fuera necessario llamarlas en la clausula septima siguiẽte, ibi: *E à fallecimiento de los dichos fijos varones, que aya, e herede la*

fija mayor sucessiuamente vna empos de otra, fasta que los descendientes de mi, e del dicho Don Alfoñ de Silua mi fijo por la linea derecha, nacidos de legitimo matrimonio, se acaben, primeramente los varones, como dicho es, è en fallecimiento dellos las fijas por la forma, e orden suso, è yuso decla radas. Con que mostrò el fundador, que antes no auia llamado sino la hija inmediata del vltimo posseedor, pues en la clausula siguiente llama à las demas hembras, por lo que se fundò en la clausula segunda, num. 38. & 39. prouando, que quando alguna persona, que por alguna razon podia entrar en el llamamiento precediente, està llamada en el siguiente, con esto se concluye, que el testador antes no la auia llamado.

Clausula septima en la plana 118. del memorial, linea 6.

E A fallecimiento de los dichos fijos varones, que aya, e herede la fija mayor sucessiuamente vna empos de otra, fasta que los descendiētes de mi, e del dicho D. Alfoñ de Silua mi fijo por la linea derecha nacidos de legitimo maorimonio, se acaben, primeramente los varones, como dicho es, è en fallecimiento dellos las fijas por la forma, e orden suso, è yuso declaradas.

Num. 101. Declaracion de la clausula septima, en que està el llamamiento de todas las cognatas.

Por auer sido limitado el llamiētо de la hija inmediata del vltimo posseedor de la clausula precediēte, y porque en aquella substitucion no auia de entrar otra hembra ninguna, quiso el fundador en esta clausula declarar el lugar que auian de tener las otras hembras cognatas, y por esso dize, que à fallecimiento de los varones cognatos, no sucediendo el caso de la clausula sexta, que està preuenido particularmente, en lo general sucediesse la hija mayor, sucessiuamente vna empos de otra, en que estan llamadas todas las hembras cognatas descēdientes de Don Alfonso, las quales antes no tenian llamamiēto. Y assi auiendo antes puesto los dichos varones en disposicion, los pone aqui todos en condicion, para hazer transito al llamamiento general de las hembras: y no se contentò con auerlos puesto en condicion, sino que en esta misma clausula repitiendo lo que antes dexaua ordenado, y declarando aquellas palabras: *Herede la fija mayor vna empos de otra, &c.* para que

ra que no se entendiesse, que se auia de continuar por ellas la sucessión existentibus masculis etiam remotioribus, ne qua dubitatio superesset, subdit: *Primeramente los varones, como dicho es, e en fallecimiēto dellos las fijas por la forma, e orden suso, e yuso declaradas*: vt ita demum fœminæ locus pateat, si nullus supersit masculus, eoquè post existente, in suspēso sit fœminarū substitutio. Y q̄ desta suerte corra la sucessiō, hasta que se acabe toda la descendencia de Don Alfonso, como lo dize por palabras claras, ibi: *Fasta que los descendientes de mi, e del dicho Don Alfoñ de Silua mi fijo por linea derecha, nacidos de legitimo matrimonio, se acaben.*

In quo animaduerti debent verba illa: *E a fallecimiento de los dichos fijos varones.* Quę conditionem inducunt, id est, si masculi antea dispositiuè vocati decesserint, l. ex facto, 17. §. si quis rogatus in 1. ff. ad Trebellianum, l. Lucius, 85. ff. de hæredibus instituendis cum vulgatis: que fue lo mismo que dezir: Todos los varones de hembra han de suceder entre si primero por substitucion fideicomissaria, y faltando ellos, entonces entraran las hembras.

Num. 102. Las hembras cognatas no tienen llamamiento, sino en falta de todos los varones cognatos.

Y aūq ay opiniones, si en la forma deste llamamiēto se sucede por substitucion vulgar, compendiosa, ò fideicomissaria, en estas sucesiones, filij in conditione positi per fideicomissariam censentur vocati. Menoch. cons. 348. num. 3. volum. 4. Beccius cons. 24. num. 2. qui ex Baldo cons. 398. *præmittendū*, num. 1. lib. 4. respondit, huiusmodi substitutionem de iure, & facto fideicommissariam videri, & omnes ita tenere, practicamquè iudiciorum ita obseruare: & certum est habita mentione mortis fideicommissariam in compendiosa includi, Bart. in l. Centurio. numer. 32. vesicul. *secundo oppono*, ff. de vulgari, vbi Doctores, Dec. in l. precibus, numer. 16. vers. *& cæteri*, C. de impub. & alijs, cōmuni voto receptū dicunt. Curtius Iun. cons. 172. nu. 2. lib. 2. Paris. cons. 30. nu. 13. vol. 2. & ideo in his, quæ tractū habent successiuū de compendiosa idem iudicatur quod de fideicōmissaria, hæc enim in effectu attēditur Bart. in l. hæredes mei, §. cum ita, numer. 5. ff. ad Trebellian. vbi DD. præsertim Zanch. nu. 809. cum sequent. Decius cons. 431. *& pro tenui*, num. 8. vol. 2. Ruin. cons. 114. num. 2. volum. 2. Crauet. cons. 131. num. 3. cum sequentibus, volum. 1. egregiè Natta cons. 255. num. 1. volu. 2. late Peregrin. de fideicomm. articul. 18. num. 12. cum pluribus sequentibus, fol. 179. Rusticis de

Num. 103. La substituciō de los cognatos de la clausula 7. por estar puestos en cōdicion, es fideicomissaria, por ser en caso de muerte.

Num. 104. In his quæ tractū habent successiuum idem iudicatur de compendiosa, quod de fideicommissaria.

Num.105. Mentio mortis producit fideicōmissariam substitutionem.

cis de liberis in conditione positis, libr.6.cap.5.fol.86. mentio enim mortis fideicommissariā producit substitutionem, glossa concordi scribentium voto recepta, verb. *senserit*, in l.in testamento, 6.C.de testament.militis, gloss. verb. *absque deductione*, in cap.si pater, de testamentis, lib.6. Curti. Iunior. in dict.l.precibus, numer.6.C. de impuber. & alijs substitutio. Paris.cons.19.num.170.cons.87.nu.1.vol.2. Alciat. Parergon. lib.10.cap.2.Couarr.in cap.Rainuntius, §.9.num.12.versicul. *vndecimo*, Peregrin.de fideicommiss.artic.19.fol.176.Y assi estan substituydos todos los varones por substitucion fideicomissaria, vno empos de otro, como lo dize a la letra la clausula quarta al fin, donde lo dispone generalmente.

Num.106. En la clausula 7. siguio el fundador la disposicion del capit.1.de eo qui sibi.

De manera, que todos los varones de hembra han de suceder primero que se dè entrada à la hembra, que es lo mismo que dispuso el capit. 1. de eo qui sibi, & hæredibus suis masculis. In quo textu quidam inuestitus fuit feudo pro se, & descendentibus suis masculis, & in eorū defectum pro fœminis: accipiens mortuus est non relicto masculo, sed sola filia, quæ iuxta verba inuestituræ, quia nullus erat descendens masculus, in feudo succefsit: Deinde ea decefsit duobus filijs masculis relictis, qui propter verba inuestituræ equaliter in feudo successerunt: posteà vnus ex his decefsit relicto masculo. Alter verò mortuus est relicta fœmina: Mota est controuersia inter patrueles, ad quem debeat pertinere ea pars feudi, quæ cesserat illi masculo, qui decefsit filia superstite: Et prudētes decreuerunt, eam partem ad masculum pertinere, nō aliā ob causam, quam nisi quòd iuxta verba inuestiturę non poterant succedere, nisi in defectum masculorum: Denique quandiu masculus extat, fœminis non patet aditus.

Num.107. In c.1. de eo qui sibi masculus remotior præfertur fœminæ proximiori.

Ex quo textu tria potifsimum deducūtur. Primū, quòd vbi in defectum masculorum fœminę vocantur iuxta verborum proprietatem, quandiu masculus etiam remotior in gradu inuenitur, pręfertur fœminę proximiori vltimo possessori, vt obseruant ibidem Doctores, Bald.consi.275.*quod pro regula*, num.6.vers.*tertio*, lib.2, Palatios Rube. in repetit. rubricę de donat. inter virum, & vxorem, §.69. nu. 34. Iacobin. in inuestitura feudali, verbo, & fœminis, num.16. Curt.Iun.de feudis, 1.p.3.partis princip.nu.18.ita in terminis consuluerat Gaspar. Calderin.inter cōsilia Bal.cons.137.*dominus*, nu.1.lib.2.& alij, quos refert, & sequitur Gregor.in l.3.tit.13.par.6.glos.2. col.7.

versic.

versic. *Si vero conditor*, & dicit receptum Caualcan. decis.18. nu.73. par.3. Decian. consil.93. nu.7. & 8. vol.3. Ioannes Garcia de nobilitate in diuisione legis, nu.32. & in terminis fideicom miss. Peregrin. de fideicommiss. artic 27. nu.5. fol.247.

Secũdum, quòd licet feudum semel deuenerit ad fœminã, quia eo tempore nullus erat masculus, si posteà existat masculus, qui concurrat cum fœmina, non obstante fœminæ admissione, masculus fœminam excludit, iuxta generalia verba inuestituræ, gloss. vnica in dicto cap.1. de eo, qui sibi, vbi Isernia nu. 1. versic. *hoc pactum*, & nu.5. Laudensis, nu.11. & 12. Præpositus nu.3. Afflict. nu.8. Iacobinus de sancto Georgio in inuestitura feudali, verbo, & fœminas, nu.17. Rubeus, consil.57. nu.3. Celsus, consil.26. num.47. versic. *& hoc*, & num.48. 56. & 57. Gratus, consil.120. nu.30. lib.2. Molin. lib.3. cap.10. nu.25. & quanuis alij in contrariam iuerint sententiam, nituntur tamẽ contra mentem & verba textus in cap.1. de eo qui sibi & hæredibus suis masculis. *Num. 108. Etiam si successio deuenerit ad fœminam.*

Tertium, quòd id etiam habet locum, si masculus sit cognatus: nam ille masculus à fœmina originem trahebat, & nihilominus obtinuit: quia verbum *masculus* ex ipsius met verbi proprietate ita locum sortitur in agnatis, vt in cognatis, Ancharran. consil.359. *nos Petrus*, num.3. consil.174. num.2. eleganter Alciatus, respons.113. à num.1. & in terminis quòd hæc conclusio procedat in successione maioratus, si idem casus cõtingat, resoluunt Anton. Gomez in l.40. Tauri, nu.63. Peralta in rubrica. ff. de hæredib. instituend. num.122. versic. *Et circa primum.* *Num. 109. Etiam si masculus sit cognatus. Y procede en mayorazgos.*

Estos tres notables, que se deduzen de la contextura deste texto, se sacan con mas propiedad de la disposicion deste mayorazgo: porque desde la clausula 3. quando llama a la hẽbra, es solo para sacar della varones, que se ayan de preferir a las hẽbras, siendo cognatos, y mas remotos: adeò enim est clara instituoris voluntas, vt nulla egeat explicatione: y la razõ de auer alegado el texto en el capit.1. de eo qui sibi, & hæredibus suis masculis, ha sido para dar a entender, que en inuestidura que podia recebir interpretacion, los Sabios determinaron lo mismo, que el fundador dispuso claramente por estas clausulas, y el fundamento que tuuieron, fue la naturaleza de los feudos, y la deste mayorazgo nace de la voluntad del fundador, que lo ordenò assi expressamente: nam quod pro masculo operatur *Num. 110. La disposicion deste mayorazgo, es conforme al cap. 1. de eo qui sibi.*

generalis, & propria feudorum consuetudo, id quoque in proposito operatur specialis testatoris ordinatio præponētis semper masculos fœminis. Et sic per illum textum, ad iura primogeniorum pro masculis ad prælationem fœminarum constituta, argumentatur Tiraquel. de iur. primogeniorum, quæst. 40. num. 146. & 147. Peregrin. de fideicommissis, articulo 27. numero 3. & 4.

Num. 111. Ponderase para todo esto la decision 17. de Caualcano.

Et hac in re notabilis est Caualcani decis. 17. nu. 10. part. 3. ibi: *Septimò dicuntur fœminæ sub conditione vocatæ, si hæredes, & omnes ac singuli descendentes masculi deficiunt: ideò fœminis non potest esse locus, donec aliquis masculus supersit. Corneus, consil. 226. col. 5. lib. 4. Galiaula in l. Centurio, nu. 359. Ripa, num. 169. Alciat. num. 99. & seq. ff. de vulgar. Ias. consil. 232. in 2. dubio, lib. 2. hoc pro expedito habet. siue masculi sint in dispositione, vt hic verè sunt, siue in cōditione. Curt. Iunior, consil. 11. Gozadin. consil. 104. col. 3. Bellon. consil. 81. num. 4. Et in conditione si sine filijs, vel descendētibus, Alex. consil. 165. num. 4. versic. & ista, cum sequentibus, lib. 1. Curtius Iunior, consil. 115. num. 19. versic. postremò, cōsil. 139. col. penult. Bellon. d. consil. 81. num. 5. cum sequentib. & substitutio fœminarum potest per mille annos pendere, vt Alexand. & Bellon dicunt, Alban. consil. 31. num. 7. cum sequentib. Cephal. consil. 380. nu. 27.*

Num. 112. Por las palabras, Primeramente los varones, e en fallecimiẽto dellos las fijas, *de la clausula 7. tienen prelacion los cognatos a las hembras de mejor linea.*

Idque absque dubio verum est, quando post masculorum substitutiones fœminæ ad extremum vocantur, como lo hizo el fundador en esta clausula, con el presupuesto de las precedientes, como hemos dicho, concluyendo: *Primeramente los varones, como dicho es, e en fallecimiento dellos las fijas, &c.* Tunc enim vanum est dicere, quòd fœminæ vnius lineæ ante masculos alterius lineæ debeant admitti, cū testator non primò, sed ad extremum post deficiētiam omnium masculorum eas substituit, vt inquit Caualcanus, decis. 18. num. 81. & 82. par. 3. vbi latè probat hac in specie masculis omnibus prius consultum testatorem voluisse, & num. 83. subdit: *Ad idem facit, Quoniam substitutio facta pluribus collectiuè respiciens plures effectus in singularitates non resoluitur: quod plus est, vbi persona, vel personæ supersint magis dilectæ, Bart. dicto §. cum ita, nu. 3. & col. finali, Alex. l. penult. num. 4. & 5. C. de impuber. & alijs substit. Zanchus per alios plures, dicto §. cū ita, nu. 1036. 1048. & 1060. & maior dilectio colligitur ex eo,*

quòd

quòd filiam propriam, & fœminas descendentium extãtibus masculis exclusit, quas post eos semper vocat, Bellon. consil. 82. num. 13. versic. secundo posito, cum alijs: nec attenditur in hoc casu, quòd sint in gradu priores, vt Bellonus dicit dicto cõsil. 82. Doctores dicto cap. 1. de eo, qui sibi & hæredibus suis, cum allegatis supra, & hoc casu proprietas, seu vigor collectiua, & verborum generalium, debet seruari, vt non aliter fœminis sit locus, nisi omnes masculi defecerint. Ias. dicta l. pen. in 3. solutione, columna finali. Quam rationem sectatur Bursat. consil. 229 num. 15. volum. 3. subijciens, quòd vbi hæc duo requiruntur, qualitas masculinitatis, & primogenituræ, licet fœminæ in defectum masculorum ex pacto veniant, primogenita fœmina excluditur à nepote masculo ex secundogenita fœmina ratione sexus, qui præualere solet, ex Isernia in cap. 1. num. 5. de eo qui sibi & hæredibus suis masculis, atque ex alijs, & præter eos idipsum agnoscit Gaspar Calderinus inter consilia Baldi, consil. 137. *Dominus*, per totum, volum. 2. Idẽ Calderinus, consil. 13. in titulo de feudis, Socin. Iunior, consil. 69. per totum, volum. 3. Curt. Iunior, consil. 140. num. 1. cum sequentibus, volum. 2. Peregrinus de fideicommiss. articulo 27. numero 5. 23. & 24. & alij adducti num. 107.

Clausula 8. con las siguientes, hasta la 26.

Estas clausulas estan interpuestas, y en ellas llamados don Iuan de Ribera, y los demas hijos del fundador, y sus descendientes, y los hijos legitimados y naturales de los dichos don Alfonso, y de don Iuan de Ribera, y de los demas hijos del fundador, y sus colaterales, en la forma q̃ en ellas se dispone: y porque despues, desde la clausula 27. buelue a tratar de la descendencia de don Alfonso, que es de la que se trata, se explicara esta con las demas clausulas, hasta la 31. por su orden, que todas ellas responden, y se continuan con las siete clausulas, que quedan glossadas.

Num. 113. De que personas trata el fundador desde la clausula 8. hasta la 26.

Clau-

Clausula 27. en la plana 123. del memotial, linea 20.

E Esta misma regla e orden mando que se guarde cerca de las fijas, e descendientes legitimas e naturales nacidas de legitimo matrimonio del dicho don Alfoñ de Silua, e de sus descẽdientes, o del dicho dõ Iuã de Ribera, o de sus descẽdientes, o de otro qualquier mi fijo, o de sus descẽdientes, e la dicha doña Maria, e los dichos Arias, e Pedro de Silua, o dõ Pedro, o de sus descẽdientes, por la ordẽ e manera suso, e yuso dichas e declaradas.

Num. 114. *Declaraciõ de la clausula 27. en q̃ llama cognatas, y excluye entre ellas la representacion, y les da lugar despues de las cognatas.*

Como en la clausula 26. proueyò el fundador a vn caso particular tocante a las hembras transuersales pariẽtas suyas, que auia llamado generalmente: que si huuiesse dos parientas en ygual grado, ambas casadas, o biudas, succediesse la mayor de edad: y si la vna fuesse casada, y la otra no lo fuesse, que esta siẽdo menor de treynta años, y queriendose casar, aunque fuesse menor que la casada, se prefiriesse a ella: por no auer proueydo este caso en la descendencia de don Alfonso, y don Iuan de Ribera, y de los demas sus hijos, y de los transuersales que nombrò, especialmente dispuso, que en los descendientes de todos estos, se guardasse la misma regla, y orden: y esta prouision deste caso particular se entiende, faltando varones agnatos, y cognatos en conformidad de lo dispuesto desde la clausula 2. hasta la 7. a que se va refiriendo el fundador en toda esta disposicion, y a las otras que se siguen despues desta: y como aqui llamò a la mayor de edad, continuando la intencion de las demas clausulas, donde dize lo mismo, excluye la representaciõ en las hembras, y no quiere que se continue la linea por las hẽbras, sino que atiende en ellas al grado, y en el a la mayor edad: y por esso concluye por estas palabras, *Por la orden e manera suso, e yuso dichas e declaradas*, que es dando lugar a las hembras en falta de los agnatos, y cognatos varones.

Num. 115. *Las palabras deste mayorazgo*, por la orden e manera suso e yuso dichas, q̃ *obran.*

Y esso es lo que significan las palabras, *Por la orden e manera suso, e yuso dichas e declaradas*, las quales juntan esta clausula con la 2. hasta la 7. y con la 29. hasta la 31. para que se entienda que todas ellas estã inclusas en esta: vt pro regula obseruandum sit, ne antea fœminis pateat aditus, quã extinctis omnibus agnatis, & cognatis, que es lo que disponen las dichas

chas clausulas, conforme à lo que dezimos en cada vna dellas, refiriendose, como se refirio el fundador à lo que dexaua dispuesto en las precedientes, y auia de disponer en las siguientes, l. 3. ad fin. ff. de gradib. affinit. ibi: *Quam rationem, scilicèt, deinceps, in omnibus gradibus supra infraque sequemur.* Vt ex omnibus capitibus vnica prodiret dispositio, l. Gallus, §. ille casus, versi. *Juliano tamen,* ff. de liber. & posthum. l. quidam, 14. ff. de peculio legato, & est elegans text. quem statim in principio expendimus, num. 10. in l. si testamentum, C. de institutio. & substitut. cum alijs ibidem adductis, & conferũt tradita per Decium, consil. 291. aliàs 290. *Visis & diligenter consideratis,* num. 6. libr. 1. & per Paris. cons. 19. num. 66. cum pluribus seq. lib. 2.

Clausula 28. en la plana 123. del memorial, linea 28.

E *Mando, que desque alguna mi descendiẽte, ò de las personas suso declaradas començaren á auer, è tener la dicha villa, è logares, e bienes, con lo que dicho es, ó con alguna cosa, ò parte dello, segun la dicha mi disposicion, è ordenãça, que les non sean tiradas, aunque despues nazca otro pariente de mi linage, e tronco, varon, ò muger mas cercano à mi que la tal descendiente en grado de parentesco: saluo si de la tal descendiente muger nasciere fijo varon legitimo natural nacido de legitimo matrimonio, ca allegado a edad de siete años el fijo varon que le naciere, luego quiero que el tal fijo aya la dicha villa, e logares, e bienes, que la tal mi descẽdiente tenia, e los fijos descendientes del tal fijo legitimos e naturales nacidos de legitimo matrimonio varones, e mugeres, por la orden, e forma que de suso, e de yuso en esta carta son, e seran declaradas.*

Nu. 116. Declaraciõ de la clausula 28. q̃ a la hẽbra poßeedora no le quite el mayorazgo el varõ, e muger nacidos despues, aũq̃ mas cercanos.

Porque podia auer duda, si auiẽdo sucedido la hembra por falta de varones, sobreuiniesse despues varon, y pretendiesse quitar el mayorazgo à la que auia entrado en el, prouee el fundador à este caso disponiendo, q̃ no se le quite à la que ouiere sucedido, con que declarò auer encaminado su sucesion por el cap. 1. de eo qui sibi, & hæredibus suis masculis, donde la letra del texto dà à entender, que el varõ que nace despues, qui-

ta el feudo à la hembra, que antes auia sucedido. His sanè verbis: *Masculo quidem hoc feudum totum sibi, quia solus, eius, qui primum inuestituram accepit, hæres masculus sit, vindicante: fœminis verò totam sui patris partem sibi defendentibus, quia ex eo nullus extitit masculus.* Pero aunque la letra es clara, los autores sobre aquel texto se diuidieron en dos opiniones contrarias: diziendo los vnos, que el varon que sobreuiene, ha de quitar el feudo à la hembra: y los otros, que no se le ha de quitar: y porque no importa para el concepto que hazemos desta clausula, seguir la opinion afirmatiua, ò negatiua, nos contentamos con referir los autores que hazẽ relacion de los que han tenido la vna, y la otra. Molin. lib. 3. cap. 10. num. 13. 14. & 25. Fabius de Anna consl. 53. nu. 83. 84. & 85. lib. 1. Rosenthal. de feudis, cap. 7. conclus. 41. *Quando fœminæ simul cum masculis succedant*, num. 26. vsque ad numerũ 32. tom. 1. pag. 509. & 511. vbi additio litera O. & litera Q. longa serie vtriusquè sententię authores recenset. Y assi se puede explicar el concepto desta clausula de dos maneras: La vna, conformandose con la opinion de los que tuuieròn, que no se le auia de quitar à la hembra, la qual es comun, y en este sentido siguio la disposicion de aquel texto: La otra es, que le hizo dificultad la opinion contraria, y la letra del texto, que parece que se conforma con ella, y declarò en esta parte su voluntad, para que cessasse toda controuersia.

Num. 117. En el cap. 1. de eo qui sibi, huuo dos opiniones sobre el priuilegio del varon contra la hẽbra posseedora.

Y en quanto dize: *Aunque despues nazca otro pariente de mi linage, e tronco, varon, ó muger mas cercano a mi, que la tal descendiente en grado de parentesco*, aumentò la disposicion decidiendo el caso que tenia mas duda, y supuso todo lo que antes por las clausulas precedientes tenia determinado, que era auerse de preferir el varon mas remoto, concurriendo con la hembra: pero no concurriendo con ella, sino naciendo despues que ella, posseyesse, dispuso que no se le quitasse, aunque fuesse mas cercano: y esso importa la palabra, *aunque*, quæ est dictio implicatiua, como lo es la diccion, *Quanuis. etiam, maximè, hoc amplius*, & similes: hæ enim dictiones exprimunt casum magis dubitabilẽ, & implicant minùs dubitabilem, l. tutor. 16. §. 1. §. vltimo, ff. de pignorat. actione, l. etiam, 19. ff. solut. matrimon. l. generaliter, 6. versic. *viam itaque*, C. de institut. & substitut. Decius consil. 542. numer. 7. versic. *secundò respondetur*, volu. 2. Beroius consl. 57. num. 50. vol.

Num. 118. La diccion, aũq̃, en la clausula 28. que significa, y q̃ obra.

volum. 3. Riminald. Iunior consil. 203. nu. 88. volum. 2. consil. 388. num. 61. & consil. 392. num. 91. volum. 4. Decian. consil. 17. num. 42. volum. 1. Pancirol. consil. 152. nu. 5. Hondedeus consil. 40. num. 26. & consil. 76. nu. 34. lib. 2. Surdus cons. 303. num. 15. lib. 3. Caualcanus decisio. 25. num. 16. par. 3. Magonius Florentina decisio. 117. num. 6. Amatis decisio. 1. num. 26. Rota nouissima decis. 640. num. 9. par. 1.

Y no es incongruidad auer dicho el fundador *varon, o muger mas cercano a mi*, pareciendo, que varon, o muger mas cercano no podia nacer: pues su padre, o madre auian de preferirse a la hembra que sucedio: porque podia auer casos, en que no sucediesse el padre, o la madre, y el hijo, o la hija huuiesse de suceder, como los que proueyo el fundador en la clausula 40. 42. 43. en el memorial, plana 129. linea 29. y plana 130. linea 38. y en la clausula 46. plana 134. del memor. linea 19. y en la clausula 50. plana 137. linea 5. y en otras, en que puso pena de priuacion a los llamados, que contrauiniessen a lo dispuesto en ellas. Y presupuesto que las substituciones q̃ alli se hazen, son en caso de contrauencion despues de las absolutas, en que està llamada toda la descendencia, las que se concibieron por contrauencion, no auian de obstar à las absolutas: porque sucediendo persona mas remota, y naciendo despues la mas cercana, esta auia de quitar la sucession a la otra: Ex pluribus latè resoluunt Tello in l. 27. Tauri, nu. 10. Molina lib. 3. cap. 10. num. 44. & 45. Mieres de maiorat. 2. par. quæst. 4. illat. 8. nu. 22. tomo 10. tracta. fol. 425. latiùs disputat quæst. 6. num. 35. cum sequentibus, fol. 430. Peregrin. de fideicommis. art. 14. num. 48. vers. *contra veró*. fol. 134.

Num. 119 Muestrase como podia nacer hembra, o varon mas cercano q̃ la posseedora.

Y queriendo ocurrir à esta dificultad, dispuso, que aunque naciesse persona mas cercana en los dichos casos, esta no pudiesse quitar el mayorazgo a la hembra que posseyesse: de que resulta, que de toda la disposicion sacò vna excepcion, con que confirmò la regla, que hizo en las clausulas precedientes, en que fue llamando los mas cercanos à si, y a don Alfonso, para que se huuiesse de atender su proximidad, y no la del vltimo posseedor, excluyendo tambien la representacion, como hemos aduertido. Porque como la excepcion ha de ser de la regla, dixo que aũque fuesse mas cercano el que naciesse despues, no quitasse el mayorazgo a la hembra mas remota, dando à entender con esto, que cõcurriendo tempore delatę successionis,

Num. 120. En la clausula 28. declarò el fundador, que amaua la cercania de don Alfonso, y suya.

cessionis, dos personas de ygual calidad, la vna mas cercana al vltimo posseedor, y la otra al fundador, y a dõ Alfonso, esta se huuiesse de preferir. Nam exceptio in his, quæ non excipiũtur, regulam stabilem, ac firmam reddit, eiusque euidentiorẽ præstat intellectum, l. 1. §. excipiũtur, ff. de ferijs, l. Tribunus 21. ad fin. ff. de milita. testamẽ. l. quæsitum 12. vers. *denique*, ff. de fundo instructo, cum vulgatis.

Num. 120. El hijo quita el mayorazgo a su madre posseedora en esta disposicion. La diccion, saluo, es exceptiua.

Y a la excepciõ, que resulta desta clausula, puso otra excepcion, que fue sublimitacion, videlicet, si de la hembra que huuiesse sucedido, naciesse hijo varon, el qual en llegando a siete años gozasse el mayorazgo, quitandole a su madre. Y esso importa la diccion *saluo*, vel *nisi*, que son dicciones exceptiuas, y que sacan el caso de la regla: gloss. verbo, si pure, in l. item Labeo 23. ff. fami. herciscun. Alberic. in dictionario, verbo, saluo, Crotus consil. 79. num. 36. lib. 1. Caualcanus decisio. 5. num. 4. par. 1. Rota nouissima decisio. 322. num. 4. & decis. 460. nu. 1. par. 1. Surdus decis. 225. nu. 19. decis. 264. num. 17. Decius consil. 102. num. 29. vol. 2. Pacian. consil. 9. num. 22.

Clausula 29. en la plana 124. del memorial, linea 4.

Num. 121. Las clausulas, 29. 30. y 31. son declaratiuas de la 2. hasta la 7.

POR el discurso desta clausula con las dos siguientes se reconoce cõ mas claridad, lo que estaua dispuesto antes, desde la clausula 2. hasta la 7. que contienen la misma sustancia, aunque no con palabras tan significatiuas de la voluntad, como las que cõtiene esta clausula 29. con la 30. y 31. Porque en la 29. està llamada la descendencia de agnatos, y excluydas expressamente las hembras: y en la 30. y 31. se admiten las hẽbras, para dar principio a la sucessiõ de los varones cognatos, y se dispone, que ayan de preferirse todos ellos a las hembras. De manera, que los agnatos, y cognatos mas remotos tienen prelacion conforme a los grados, y orden desta sucession: y assi se ha de discurrir por cada vna dellas, empeçãdo por la 29. la qual contiene quatro partes: y para proceder en ella con distinciõ, cõuiene referir cada vna de por si, por otros tãtos §§.

§. primo.

Los quales dichos descendientes del dicho Don Alfoñ de Silua, è del dicho Don Iuã de Ribera, è de las personas susodichas,

dichas, quiero que ayan la dicha villa, è logares, e los dichos bienes con todo lo que dicho es, por la orden susodicha, è en esta manera, que el primero, e demas edad varon legitimo, e natural nacido de legitimo matrimonio descendiente del dicho Don Alfoñ de Silua, e de los otros descendientes del, que fueren despues de sus dias, ayan la dicha villa, e logares, con todo lo susodicho, aunque al dicho tiempo aya otra su descẽdiente muger mayor de dias que el dicho su descendiente.

§. secundo.

LA Qual dicha disposicion fago con condicion, que si el dicho Don Alfoñ de Silua ouiere dos fijos, ò mas legitimos, e naturales, nacidos de legitimo matrimonio, que el dicho su fijo mayor aya la dicha villa de Cifuentes, e los dichos logares, con todo lo que dicho es, e los que del descendieren varones, è non mugeres, fasta que no aya persona alguna descendiente por linea recta de su fijo mayor, para que todavia lo aya el descendiente varon mayor.

§. tertio.

E Si el dicho su fijo mayor non ouiere fijos varones, quiero, è es mi voluntad, que aya la dicha villa, e logares, con todo lo que dicho es, el su fijo segundo mayor, è el su fijo varon mayor, e los que del descendieren varones, todavia el varõ mayor por la manera que dicha es, en el fijo mayor, legitimo del dicho don Alfoñ de Silua.

§. quarto.

CA Es mi voluntad, que la dicha villa, e logares, con todo lo susodicho venga antes, e lo aya el su fijo segundo, que non la fija de su fijo mayor; e primero el su fijo tercero que la fija, è fijas que quedaren de su fijo segundo; e assi por esta orden, e forma, e manera sucessiuamente en todos los sus fijos, e descendientes dellos, todavia el fijo varon mayor legitimo, e natural, nacido de legitimo matrimonio: E assimesmo en los descendientes del dicho D. Iuan de Ribera, e de las otras personas de suso declaradas a fallecimiento de la linea del dicho Don Alfoñ, e de sus descendientes, como dicho es.

§. primo.

Num.122. Declaraciõ de la clausula 29. en q̃ estan llamados todos los varones agnatos de la descendencia de D. Alfonso.

POR La digressiõn, que el fundador hizo desde la clausula 8. hasta la 26. conseruando el intento, que tuuo desde la primera hasta la 7. clausula, en la manera que las hemos declarado, quiso boluer a aquel principio, y declarar su voluntad mas estendidamente. Y como al principio desta clausula en este primero §. por auer vsado de la palabra, *descendientes*, parecia que queria hazer llamamientos regulares, para que esso no se entendiesse assi, añadio dos cosas importantes significatiuas de su intẽcion: La vna, ibi: *Por la orden susodicha*, refiriendose a las primeras clausulas, q̃ en sustancia contienen la misma disposicion q̃ esta 29. con las dos siguientes: La otra, que no se contẽtò con esto, sino que como auia de hazer mayor expressiion, y declaracion, subiecit, *è en esta manera*, para que se gradue la sucession por lo q̃ precedio, y por lo que despues se sigue.

Lo que precedio queda fundado en su lugar: lo que se sigue, es lo que aora se ha de fundar.

Num.123. Las palabras, è en esta manera, de la clausula 29. son declaratiuas de lo precediente.

Para lo qual se han de ponderar àquellas palabras, *è en esta manera*, que son declaratiuas, y expositiuas de la disposiciõ precediẽte: Copula enim illa, &, pro idest accipitur, l.1.ff. de trãsact. l.1.ff. locati, l. si in venditione, 60.ff. de euiction. §. cum autem, institut. de tutellis, & ita expositiuè, & declaratiuè sumitur, l.1. iuncta gloss. verbo, *placitum*, & ibi Doctores, ff. de pactis, Honded. cons.2. num.15. lib.1. Menoch. cons.987. nu.14. vol.10. Rota nouiss. decis.366. num.26. part.1. y mas particularmente declarando otras palabras equipolẽtes à las desta clausula, *è en esta manera*. Y haziendo relacion àlo precediente, que fue su caso, lo resoluio elegantemente Rauden. cons.31. num.27.28. & 29. lib.1. his verbis.

Secundo respondetur, hanc inuestituram tandem se referre ad priores, illis verbis, & hoc, submodis, pactis, & tenoribus, quibus priores domini erant inuestiti. Etenim dictio, & hoc, est restrictiua actus ad terminos actuum antecedẽtium, sicut restringit dictio, idest, videlicèt, l. videlicèt, ff. de pactis, Ias. in l. si pluribus, ff. de lagat.1. Ruin. cons.97. col. penultim. lib.2. Crauet. cons.748. nu.5. & pronomen hic, hæc, hoc sit demonstratiuum ad oculum, & relatiuum qualitatum antecedentium,

tium, Paris. consil. 35. numer. 20. volumine 2. & hoc est, exponatur, idest, l. cùm ij, §. si Prætor, ff. de transaction. item hoc, idest hoc modo, l. qui seruum, versicul. visi, ff. de inter. actionib. & quando se refert ad antecedentes, ipsis, & non alijs est standum, Brunus consilio 1. in fine, Camp. consilio 11. Afflictis decisione 95. Bursatus consilio 46. cum verba ipsa restringant inuestituram ad antecedentia, Alexand. consilio 46. numer. 9. lib. 7. Decius cons. 63. num. 6. Ruin. consil. 25. numer. 11. volumin. 1. Neuizan. consil. 12. numer. 10. Grãmatic. decisione 59. numer. 35. Natta consilio 505. numero 18. Alexand. consil. 9. numer. 12. volumin. 6. Bursat. consilio 46. numero 21. etenim si in noua inuestitura mentio fiat antiquarum, tunc antiquæ ipsæ non censentur alteratæ, etiam si in noua plura, quàm in antiqua contineantur. Castrens. cons. 312. col. 2. vers. circa secundum, vol. 1. Alexan. cons. 9. vol. 5. Menoch. cons. 104. Neuizan. cons. 10. num. 2.

Num. 124. Copulatiua, &, sirue de calificar ygualmente lo copulado.

Sirue pues la copulatiua de calificar ygualmente lo copulado: nam inducit repetitionem præcedentium qualitatũ sub vniformi terminorum qualitate, l. Seiæ, 20. §. Caio, ff. de fundo instructo, Honded. cons. 64. nu. 6. lib. 1. cons. 49. nu. 19. lib. 2. Y lo mismo se ha de entender de lo precediente, que se califica por lo siguiente, ex l. si seruus plurium, 53. §. fin. ff. de legat. 1. l. quæsitum, 76. §. 1. ff, de legat. 3. cum vulgatis, quando scilicèt testator ad conditiones infrascriptas sese retulit, vt ostendimus in expositione primæ clausulæ, num. 8. & 10.

Num. 125. En la clausula 29. no ay correccion de lo passado, sino declaracion.

Y este negocio no es de conjecturas, sino q̃ claramẽte quiso el fundador, q̃ de lo precediẽte, y siguiẽte resultasse vna disposiciõ calificada cõ las cõdiciones, y calidades, quas in deferenda huiusmodi successione exegit in illis verbis: *Por la orden suso dicha, e en esta manera*, conseruando la disposicion q̃ antes auia hecho cõ mas exuberantes palabras, y mayor expression de su voluntad en lo siguiẽte. Vna enim pars copulatiuę alterã declarat, l. vtrũ, 26. ff. de petitio. hæredit. Roman. cons. 231. nu. 2. Socin. Senior. in l. 1. nu. 1. ff. de reb. dub. Alben. cons. 765. nu. 39. lib. 4. Surd. decis. 322. nu. 65. y no lo dexò à la disposiciõ del derecho, sino que lo asegurò con palabras tan significatiuas, como son, *è en esta manera*, quasi diceret, toda la disposicion precediẽte se ha de calificar cõ la siguiente, sin q̃ de aqui se pueda induzir correcciõ, sino declaracion de la volũtad, vt constat ex his, quæ diximus d. nu. 10. y esto importa la palabra, *è en*

esta

Dictiones, hoc modo, ita tamen, ita quod, sunt restrictiuæ, & declaratiuæ.

esta manera, que es restrictiua, & declaratiua, prout sunt illæ dictiones: *Hoc modo, ita tamen, ita quod*, & similes, l. Lucius, 78. §. qui habebat, ff. ad Trebel. cũ alijs, Caualcan. decis. 9. nu. 6. & 47. p. 1. decis. 18. nu. 28. 46. 47. & 48. par. 3. Honded. cons. 13. num. 24. lib. 1. cons. 69. num. 45. lib. 2.

Num. 126. Respondese â la objecion, quod copula, &, sumitur ampliatiuê, & augmentatiue, mostrando que esto mismo obra en esta clausula.

Y à esto no contradize, quòd copula, &, sumatur ampliatiuè, & augmentatiuè, l. ea tamen adiectio. 44. ff. de leg. 3. pretendiẽdo, que por esto se induzga correcciõ de lo passado: porq̃ antes se conforma con ello, pues de lo que se añade, no nace correcion, sino calificacion de la disposicion passada, y la adiciõ aqui fue solo mayor expresiõ que en la sustancia. Lo mismo estaua dispuesto antes, como se ha fundado desde la clausula 2. hasta la 7. y asi se puede muy bien dezir, que la copula aqui haze dos oficios. El vno, aumentar y ampliar con mayor expresion la misma disposicion en sustancia: & hoc est, quod dicitur ampliatiuè, & augmentatiuè huiusmodi copula esse accipiendam, d. l. ea tamen adiectio. Bart. in l. Gallus, §. etiá si parente, nu. 6. ff. de liberis & posthu. Alex. cons. 80. nu. 12. cõs. 120. nu. 1. lib. 1. Paris. cons. 75. nu. 61. lib. 2. cons. 7. nu. 31. lib. 3. Decian. cons. 84. nu. 12. lib. 3. latè Peregr. de fideicommis. art. 32. nu. 12. cum seq. fo. 286. Burs. cons. 329. nu. 8. lib. 3. Aldroband. cõs. 20. nu. 83. Surdus decis. 272. nu. 24. Rota nouis. decis. 366. nu. 18. cũ seqq. part. 1. El otro es, juntar lo copulado expositiuamente, para que de lo precediente, y siguiente, resulte mas clara disposicion: & ita sumitur expositiuè pro, id est, vt supradiximus. Et sumitur etiam restrictiuè, prout subiecta materia expostulat, quia copula nullam habet particularem naturam, sed secundum factorum contingentias, diuersas habet proprietates, Ripa in cap. ex parte, numer. 39. & 40. de rescriptis, Surd. cons. 313. num. 47. lib. 3.

§. secundo.

Num. 127. Los llamamiẽtos de la clausula 29. son de varones agnatos, por las palabras, Varones, ê no mugeres.

La exclusion de las hembras, es vniuersal en esta clausula.

AViendose pues de restringir, y regular esta sucesion por lo que despues se sigue, no parece que puede auer duda, que los llamamientos desta clausula son de varones agnatos, descendientes de don Alfonso, y de su hijo mayor varon, hasta q̃ todos ellos fuessen acabados con expressa exclusion de las hẽbras, ibi: *Varones, e non mugeres*, quę fœminarũ exclusio cũ sit indefinita, vniuersali par est, Couar. lib. 1. variar. capit. 13. num. 9.

num.9.& Surd.decis.210.nu.8.par.1.præsertim negatiuè concepta.l.si seruitus.22.ff.de seruitu. vrbanor. prædior. glossa vltima, & Doctor.in l hoc genus.105.ff.de condition.& demōstrationib. Peregrin. de fideicommissis, art.25. nu.14. fol.236. quæ ea ratione in infinitum protrahitur, glossa vltima, in d l. hoc genus, vbi Paul. num.3. Decius consil. 490. num.6. lib.2: Cephal. consil.210.num.19. & 20.lib.2. vbi respondit negatiuæ naturam esse omnino negare, & tollere omnem potentiam, & nullam recipere restrictionem, & taxatiuè atque exclusiuè accipi. Idipsum agnoscunt Decian.consil.1. nume.63. cum sequentibus,lib.2.Simon de Pretis,de interpretatione vltimarum voluntatum,lib.2.interpretat.1.dubitatio.1.solutione 10. nu.85. pag.169. Mantica de coniectur. vltimarum voluntat.lib.12.tit.14.num.13. Peregrin. de fideicommiss. dicto art.25.num.14. vbi probat negatiuam indefinitè prolatam in omnibus verificādam esse, Pacian.de probation.lib.1. cap.35. num.6. Y asi ningun lugar le queda a la hembra, porque se ha de continuar la sucesion por todos los varones, fœminis ab omni gradu,& loco exclusis,adeò vt sola ipsarum exclusio vocationem agnatorū includat: vt pulcherrimè deducit, & probat Ruin. consil.143.num.8.& 9.lib.3.quod & antea docuerat Bart.in l.2.§.vltimo,nu.1.in fine,vers.*& pro euidentia*,& nu.2. ff ad Tertullianum: Nam cùm fœminæ sint exclusæ contemplatione masculorum, hi dicuntur vocati, quorum contemplatione illæ fuerunt exclusæ,l. fideicōmissa. 11. §. interdum, ff. de legatis tertio. l. seruo legato 72. §. si testator.ff. de legatis primo.

Negatiua, quid operatur.

Num.128: Sola fœminarū exclusio vocationem agnatorum includit.

Quæ quidem fœminarum exclusio expressis verbis, ibi, *varones, é non mugeres*, concepta conseruandæ agnationis animum aperuit, cuius cōtemplatione fœminæ propter masculos excluduntur: Ea enim interpretatio semper accipitur in statutis fœminas propter masculos excludentibus, Deci. consil.372. num.5. volum.2.& alij,quos congerit, & sectatur Menoch. consil.6.num.11.lib.1. Surdus consil.443.num.39 lib.3. Atque eandem esse mentem testatoris fœminas excludentis, vocatis masculis,aduertit elegāter Socinus.in l.Gallus,§.nunc de lege Velleia.num.10.ff.de liber & posthumis. Idque communi voto receptum ex pluribus respondit Surdus, cons.443. num.39. Curtius Iun.consil.113.num.14.lib.2. Socin. Iunior, consil.119. num.34. & 35. lib.1. Peregrinus, de fideicommiss.

Num.129: La exclusion de hembras manifiesta el animo de conseruar agnacion en estatutos, y vltimas volūtades.

articulo 25. numer. 26. fol. 238. neque dissentit Molina lib. 5. cap. 5. numer. 29. versicul. *His autem*, vbi resoluit, quòd in dispositionibus perpetuis iure maioratus institutis respectu eorum, qui in posterum nascituri sunt, non potest alia, quàm agnationis ratio animaduerti.

Num. 130. *Respondese à Molina con el mismo.* Y no haze contradicion lo que dize despues, ibi: *Quod tamen intelligendum erit, quando semper maioratus institutor masculos ad eiusdem successionem simpliciter, & absolute inuitauit, nec fœminam in aliqua parte maioratus admisit.* Porque respeto de los grados, en que las hembras està excluydas, milita la misma razon por la prelacion de los varones mas remotos, vt agnouit idem Molina dicto capit. 5. num. 50. ibi: *Idque verum est, quamuis inter ipsos masculos, qui fœminis præferuntur, & illorum respectu non dubitandum sit, quin fœminæ exclusæ censeantur*, & ibi: *Secundo, quòd censeatur cõsiderata ratio agnationis quoad solas personas vocatas, nõ autem, vt ex earum vocatione possimus eam dispositionem ex ratione considerationis agnationis extendere ad alios nõ vocatos*. Y assi no se puede negar que ay contemplacion de agnacion, aunque se admita la hembra respeto de aquellos grados, de que fue excluyda: y como en nuestro caso estan llamados todos los descendientes varones de don Alfonso antes de admitir ninguna hembra: siguese que la exclusion en quan to dixo, *varones, è non mugeres*, no pudo tener otra contemplacion, sino la agnacion, vt eleganter considerat Curtius Iun. cõsi. 113. nu. 14. versi. *Nec obstat*, lib. 2. ibi: *Nec obstat dum dicitur, quòd ista ratio conseruandæ agnationis, nõ potest in proposito cõsiderari, ex quo testator in casu, in quo omnes filij morerentur sine descendentibus masculis, vocauit Dominã Beronicam eius filiam in tertia parte, & agnatos in duabus partibus: quia satis est nobis, quòd respectu omnium descẽdẽtiũ ab ipso testatore, donec supersunt masculi, semper voluit fœminas excludere, & sic quantum ad suos descẽdẽtes voluit bona in agnatione conseruari*, Gregor. in l. 3. tit. 13. p. 6. glo. 2. q. 21. versi. *Si vero cõditor maioriæ*, Crauet. consi. 800. nu. 12. versi. *Nõ obstat*, lib. 5. Peregri. de fideicommissis, art. 25. nu. 26. fol. 258. pulchrè Surd. consi. 443. nu. 41. versi. *Porrò*, cum sequentibus, lib. 3. Menoch. de præsumptionib. lib. 4. præsumptione 85. nu. 20. versi. *Cæterum*.

Num. 131. Demanera, que esta exclusion delas hembras, fue absoluta de toda

toda la linea, y descendencia del hijo mayor de don Alfonso: porque auiendo negado la sucession à las hembras; y dadola dispositiuamente a los varones, quiere el fundador que estos sucedan, hasta que nō aya persona alguna delos descendientes del hijo mayor de don Alfonso: y declara el fin desto, que fue para que solos los descendientes varones huuiessen de suceder de vno in alium nulla admissa fœmina, y a esto se refieren aquellas palabras, *Fasta que non aya persona alguna descendiente por linea recta de su fijo mayor*: dictio enim illa, *vsque*, masculorum sucessioni adaptatur, & conuenit, vt manifestè verba insinuant: & ideò repetitionem fideicommissi, seu primogenij de vno in alium ordine successiuo inducit, quandiu superfuerint masculi, ex natura, & proprietate illius dictionis, vt considerat Ruynus consi.169.nu.4.vol.1. Caualcan. decis. 16.nu.67.& 68.par.3.

Declarāse las palabras de la clausula 29. Fasta q̄ non aya persona alguna descendiente por linea recta de su fijo mayor.

Dictio, vsque, quid operatur.

Num.132. *Aunque la exclusion de las hembras fuera limitada, extātibus masculis, no podian suceder, sino acabados todos.*

Y aunque las dichas palabras: *Fasta que nō aya persona alguna, &c.* se refieran a la exclusiō de las hembras, hoc quidem obstaculo esse non posset. Nam quamuis vocatis masculis nō esset expressa, & absoluta fœminarum exclusio, sed his verbis concepta: *Extantibus masculis, fœminæ non succedant*: quo casu non expressè, sed tacitè masculi inuitantur, his tamen nullum negotium faceret ea ratione, quod in hac specie, nisi omnibus masculis prorsus extinctis, fœminæ ad successionē aspirare nō valent, & interim dicuntur suspensæ, Bart. in l.2.§.vlti. nu.1. in fin. versi. *Et pro euidētia*, & nu.2. & in l.fin.§.1.nu.1. ad fin. & nu.2.ff. ad Tertulia. Bald. in l.2.nu.5. C. de liber. præteritis, & in c.1.§.1.nu.3. *Episcopum, vel Abbatē*, Beroi. consi.67. nu.44.lib.1. cōsi.151.nu.25. vsque ad 83.lib.2. Cephal. cōsi.251. nu.92.& 93.lib.2. consi.765.nu.43. cū seqq.lib.5. Rimin. cōsi. 82.nu.8.& 9.lib.1. consi.138.nu.18.lib.2. Menoch. cōsi. 957.nu. 23. cū seqq. vol.10. Peregri. consi.17.nu.1. cum seqq. vol.1. Hōdede. consi.6.nu.12. cum seqq. nu.36.& 37. consi. 29.nu.3. vol. 1. consi.9.nu.1. consi.14.nu.1. 14.61.62.80.& 87. consi.48.nu. 39.& 40. consi.70.nu.35.& 36. vol.2. Y estos autores con otros muchos que alegan, resueluen, q̄ en estas exclusiones de hēbras q̄ son tēporales, entretāto q̄ ay varones, no se puede entre ellos interponer ninguna hēbra: porq̄ de tal manera se dā entrada, si totalmēte faltarē todos los varones, auiendo como ha de correr por ellos la sucession de vno en otro, sin interposicion de hēbra: quæ ita demū admittitur, si omnes masculi defecerint.

§.Ter-

§. tertio.

Num. 133. *Declaranse las palabras de la clausula 29,* E si eldicho su fijo mayor non ouiere fijos varones, *probãdo que cõellas quedauan llamados todos los descendientes del hijo mayor.*

PORQVE no se pudiesse pretender, que acabados los varones descendientes del hijo mayor de don Alfonso, auian de entrar las hembras, vt hæ succederent, non extantibus masculis illius lineæ, declarò el fundador que no auian de suceder continuando el llamamiento de varones agnatos, que despues del hijo mayor, y sus descendientes varones de don Alfonso, sucediesse su hijo segundo varon, y sus descendientes varones de la misma manera que los del hijo mayor, con exclusion de las hembras, repetida por relacion en este llamamiento.

Y para hazer transito al llamamiento del hijo segundo de don Alfonso, pone en condicion todos los varones descendientes del primero por estas palabras: *E si el dicho su fijo mayor non ouiere fijos varones, &c.* no dexando ningun lugar vazio para las hembras en toda aquella descendencia, ni despues della: porque la continua con el hijo segundo, y sus descendientes varones: aduirtiendo que, aunque no estuuieran substituydos dispositiuamente todos los varones del primero, bastara auerlos puesto en condicion.

Num. 134. *Appellatione filij positi in conditione veniũt descendentes.*

Y no obsta, que no vsasse de la palabra *descendientes*, sino que solo dixesse *fijos varones*. Hæc enim verba liberos, & descendentes omnes complectuntur, quando scilicet, filij in conditione positi sunt, l. Lucius 85. ff. de hæred. instituen. ibi: *Aut filium, filiamuè, ex se natum, natamuè non habebit, &c.* & ibi: *Cum Titius hæreditatem adierit, & liberos adita hæreditatis tempore non habuerit, &c.* & ibi: *Si frater priusquam hæreditatem adiret, decessisset, liberis relictis,* & ad finem ibi: *Non enim fratrem solum hæredem prætulit substitutis, sed etiam eius liberos*, vbi obseruant Doctores, latè Mantica de coniecturis vltimarum voluntatum, lib. 11. tit. 8. num. 20. cum sequentibus, pag. 502. Peregrin. de fideicommiss. articul. 1. nu. 31. fol. 4. & articul. 25. num. 6. fol. 235. articul. 28. num. 32. cum sequentib. fol. 258. Crauet. consi. 992. num. 25. lib. 6. qui in specie respondit filijs masculis in conditione positis descendentes comprehendi, Petra de fideicommissis, quæstione 9. num. 165. & 166.

Y no

Y no solo continuò el llamamiento de agnatos sin admitir hẽbras, mas aun las excluyò expressamente, como lo auia hecho antes, ibi, *Quiero, e es mi volũtad, que aya la dicha villa, e logares, cõ todo lo q̃ dicho es, el su fijo segũdo mayor, e el su fijo varõ mayor, e los que del descẽdierẽ varones, toda via el varõ mayor por la manera que dicha es en el fijo mayor legitimo del dicho dõ Alfoñ de Silua.* En estas palabras està clara la exclusion de las hẽbras, porque la repite, como la puso en la substituciõ del hijo mayor de don Alfonso, y sus descendiẽtes varones, no cõtentandose con solas palabras repetitiuas, videlicet, *Por la manera q̃ dicha es*, sino q̃ añade las que se siguen *en el fijo mayor*, parificãdo en todo este llamamiento con el otro, para q̃ se regulassen de vna misma manera, como si dixera, *Quicquid igitur illic diximus, huc erit transferendũ*, vt inquit Caius in l. ediles, 38. vers. *Loquũtur*. ff. de edilit. edict. Verba enim *modo prædicto* repetitionẽ inducũt, perinde ac si omnia in specie iterũ exprimerentur. l. pluribus, 40. ff. de verborũ obligationib. l. à filio 15. §. testator. ff. de alimen. legat. l. 1. §. hoc edicto, vbi Bart. n. 2. ff. de postul. Et ideo vna substitutio ad alterã relata, iuxta huius naturã, conditiones, & qualitates nõ aliter, ac si omnes denuo essent repetitę propter innatã vim ac potestatẽ relationis debet explicare Molin. lib. 3. c. 5. nu. 64. Riminald. Sen. consl. 326. n. 28. & 29. vol. 2. Hippo. Rimin. cõs. 313. n. 30. vol. 3. Gabr. cõs. 124. n. 9. vol 2. Socin. Iun. cõs. 133. n. 1. 2. & 3. vol. 1. Crauet. cõs. 992. n. 18. vol. 6. Caualc. decis. 18. nu. 28. p. 3. Ioãnes Garcia de nobili. in diuisione legis, nu. 49. Mãtica lib. 6. tit. 13. nu. 10. in fine, versic. *Illud vero*, pag. 254. *Num. 135. En el llamamiento del hijo segundo tambiẽ excluyò las hembras, en quanto se refirio al del hijo mayor.* *Verba, modo prędicto, repetitionẽ inducunt.*

Et hac ratione, quanuis vocatis proximioribus ex proprietate verbi veniant tam masculi, quã fœminę: tamen si testator in principio vocasset masculos, deinde substituẽdo proximiores, vsus fuisset aliqua dictione repetitionẽ præ se ferẽte, masculi tantum ad succesionem censentur inuitati. Alciat. consl. 162. n. 2. lib. 9. & in l. Herennius n. 5. ff. de verb. signific. Curtius Sen. consil. 51. nu. 17. vers. *Et potissime*, Gab. lib. 6. tit. de verbor. signific. cõcl. 6. n. 122. & alij ex his, quos modo retulimus. *Num. 136.*

§. quarto.

Este §. da la razon final de la disposiciõ, haziendo regla general, assi respeto de los descẽdientes de dõ Alfonso, como de don Iuan de Ribera, y de las personas llamadas a este mayorazgo, *Num. 137. En las palabras, Ca es mi volũtad, &c. de la*

clausula 29. declarò el fundador q̃ los agnatos mas remotos se auian de preferir a las hembras.

razgo, para que se continue la sucesion por los varones de cada vna destas descẽdencias, empeçando primero por la de dõ Alfonso, y sus hijos, y descendientes varones, sin que se pueda interponer hembra, hasta que no quede ningun varon agnato de los de don Alfonso.

Dictio, Ca, accipitur pro Quia.

Y empieça dando la razon final desta disposicion, ibi: *Ca es mi voluntad, &c.* Dictio enim illa, *Ca*, pro *Quia* accipitur. l. 2. tit. 15. part. 2. ibi: *Ca aquel:* & ibi, *Ca segun natura:* & ibi, *Ca segun el dixo*, cum alijs pluribus legibus partitarũ: Quæ rationem & causam finalem demonstrat. l. demõstratio. 17. §. quod autem, vbi Bart. nu. 8. cum sequentib. ff. de conditio. & demonstratio. Decian. consil. 7. nu. 14. vol. 1. consil. 34. nu. 74. vol. 3. Y la razõ final fue, que este mayorazgo no se auia de regular por las reglas ordinarias, ni por disposiciones legales, sino por la de la voluntad, videlicet, que qualquier varon agnato por mas remoto que fuesse, huuiesse de suceder, no obstante que huuiesse hembras de mejor linea y grado, ibi: *Ca es mi volũtad que la dicha villa, e logares, con todo lo susodicho venga antes, e lo aya el su fijo segundo, que non la fija de su fijo mayor, e primero el su fijo tercero, que la fya, e fijas que quedaren de su fijo segundo.*

Num. 138. Y bastò para esto lo que dixo, q̃ fue por exemplo, y no para restriccion.

Y no fue necessario passar adelante, discurriendo por toda la descendencia: porque auiendo llamado todos los descendientes varones del hijo mayor de don Alfonso, y despues los del segundo, exempla simul cum ratione subiecit, non ad restringendam, sed ad ampliandam, & declarandam dispositionem. Y presuponiendo, que auia substituydo varones por cõtinuadas substituciones, que se entendia auer de yr de vn varõ en otro varon, sin interposiciõ de hembra, ni hijo de hembra, puso dos exemplos, para que conforme a ellos el varon mas remoto, como lo es el hijo varon segundo, se prefiriesse a la hija del primero, y el tercero a las hijas del segundo, non fuit opus vlterius progredi: porque fuera proceder in infinitum, siendo asi que toda la sucesion se puede regular por estos exemplos y grados, vt considerat Iustinianus in §. hactenus institut. de gradibus agnationis, ibi: *Hactenus ostendisse sufficiat, quemadmodum gradus cognationis numerentur: namque ex his palam est intelligere, quemadmodum vlteriores quoque gradus numerare debeamus:* per exempla enim nõ restringitur,

Per exempla nõ restringitur, sed declaratur dispositio.

sed declaratur dispositio. l. regula 9. §. vltimo. ff. de iuris & facti igno-

ignorantia.l.damni.30.ad fin.versic. *Quod dictum*. ff. de damno infecto.l.actionum 24.versic. *In factum*.ff.de actionib. & obligationibus.l.bona fides,31.ff. depositi,cap.1.ne clerici,vel monachi,vbi glossa 1.Bald.in repetitione.l.de quibus.ff.de legibus,nu.107.ibi: *Quando enim plura habent eandem rationē, licèt de vno fiat mentio, videtur fieri exemplariter, non restrictiue, infra de iurisd. omni. iudic. l. Imperium*. Tiraq. in l.si vnquam.C.de reuoc.donat.verb.libertis,nu.37.Socin.Iun.cons. 145.*Viso*,nu.66.lib.1.Menoch.consil.2.nu.205.lib.1.Beccius, consil.108.nu.15.Surd.consil.308.n.10.lib.3. Caualcan. decis. 1.num.15.p.2.

Y que fuessen estos exemplos, y no particulares substituciones restringidas a casos especiales, dexando los fundamentos que ay en derecho para ello, no es necessaria otra glossa, mas que la del mismo fundador: porque prosiguiendo la razon de su voluntad, y haziendo ilacion delos exemplos que auia puesto, para que se entendiessen generalmente en toda la descendencia de don Alfonso, subiecit, *E assi por esta orden, e forma e manera sucessiuamente en todos los sus fijos, e descendientes dellos, toda via el fijo varon mayor, &c.* para que auiendo varones agnatos desta descēdencia, por remotos que fuessen, huuiessen de suceder de vno en otro sucessiuamente, sin que se pudiesse admitir entre ellos ninguna hembra, siguiendo la razon de los exemplos, y de su voluntad, que fue la que dio, y quiso seguir en estas substituciones, que mientras huuiesse varones, no sucediessen hembras.

Num.139. Y assi lo mostrò, y dispuso el fundador al fin de la misma clausula en la regla general que hizo.

Et cum hæc ratio fuerit generalis, ad omnes casus & personas agnatorum pertinet: Ex ratione enim fideicommissum, & quæcumque alia dispositio ampliatur.l.cum pater,79.§.dulcissimis.ff.de legat.2.l.regula,9.§.si quis ius ignorans. ff.de iur. & facti ignorantia, Bartol.in l.pater filium,36.§.fundum,nu.2.& 3.ff.de legat.3.Ias.in l.filius familias,117.§. Diui in 2.lectura,n. 108.ff.de legat.1. Peregrin.de fideicommiss.artic.11.n.54.fol. 92.Et ita substitutiones speciales ex ratione generali amplian-tur, ex pluribus latè probat Caualcan. decis.23. nu. 27. cum sequentib.part.3.Surdus,consil.96. num. 20. cum sequentib. & nu.42.cum sequentib.lib.1.consil.394.nu.27.& 28. lib. 3. Decian.consil.86.nu.21.& 23.volum.3.vbi ex Alexand.in l. Marcellus,nu.1.ff.ad Trebel.& alijs respondit, rationem generalē considerari tanquam genus continens omnes species etiā diuersas,

Num.140. Ex ratione generali fideicommissum, & quæcunque dispositio ampliatur.

uersas, & ita ex Ancharrano, consil. 27. ampliandam esse substitutionem: idem Decian. consil. 41. nu. 118. cum sequentib. volum. 1. vbi idipsum admittit in correctorijs, quod & repetit. cósil. 43. nu. 20. cum sequentib. volum. 2. affirmans ex pluribus, eandem conclusionem in exorbitantibus & pœnalibus procedere, & subdit rationem d. nu. 20. ibi: *Quia quando expressa est ratio dispositionis, in ea comprehendi intelligũtur omnes casus, qui ipsi rationi conueniunt, non quidem per viam extensionis, sed sicut genus comprehendit suas species: ita declarant Cynus, & Bald. in l. iura non in singulas. ff. de legibus, & in l. quod vero, eo tit. vbi dicit Bald. quòd hæc nõ dicitur extẽsio, sed proprius intellectus. l. nominis, & rei, §. verbum ex legibus. ff. de verbor. significat. &c.* Et nu. 22. ibi: *Et pulchrè idẽ Bald. in repetit. l. de quibus, col. 12. versic. Item nota, quod nõ dicitur, dixit, quòd cum multa habent eandem rationem, licèt de vno fiat mentio, id fit exempli causa, non vt restringatur ad expressa tantum, nec dicitur extendi constitutio, etiam odiosa, quando extenditur ex ratione expressa, ita Bald. ibi* &c. & num. 23. in terminis eleganter rem hanc prosequitur.

Nu. 141. *En la regla general de la clausula 29. no solo estan llamados los agnatos, sino repetida la exclusiõ de las hembras.*

En nuestro caso estamos en terminos mas claros, que no parece reciben duda: porque no se quedò el fundador en los exemplos que puso: antes sin embargo de que las substituciones anteriores auian sido generales de los hijos mayor y segũdo de don Alfonso y sus descendientes, en que estauan comprehendidos expressamente todos ellos, quiso tambien hazer vna regla general comprehensiua, no solo de los dichos, sino de qualesquier otros hijos y descendientes de don Alfonso, cótinuando el llamamiẽto de varones de los vnos y de los otros, ibi: *E assi por esta orden e forma e manera sucessiuamẽte en todos sus fijos, e descendientes dellos, toda via el fijo varõ mayor legitimo e natural nacido de legitimo matrimonio*: q̃ fue lo mismo que si dixera, Los varones descendiẽtes del hijo mayor, y del hijo segundo y tercero, y los demas de don Alfonso han de suceder sucessiuamente de varõ en varon, excluyendo las hembras, como si boluiera a dezir, *Varones e nõ mugeres*: Las quales palabras estan repetidas en esta regla general, vt in specie resoluit Molin. lib. 3. cap. 5. nu. 65. his verbis.

Sextó, prædicta secunda opinio non procedit, quãdo maioratus institutor, facta masculorum vocatione, adiecit eodẽ modo in omnibus alijs casibus & vocationibus succedẽdum esse:

esse. Tunc namque etsi in alijs substitutionibus verbum masculis adiectum non sit, illud necessario repetitum censendum erit: cessat namque disputatio, vbi in verbis nulla ambiguitas inuenitur, l. ille, aut ille, §. cum in verbis, ff. de legat. 3. sicque primogeniorum institutores fœminas excludere volentes, vocant masculos, & excludunt illas in vocatione filij primogeniti, atque descendentium: & postea adijciunt. Y que esso vaya por todos mis descendientes, ó que la misma orden se guarde entre todos mis descendientes, &c. tetigit Mieres de maioratu, 2. part. quest. 6. num. 108. vers. & *tandem*, tom. 10. tractat. part. 1. fo. 435.

Idque probatur ex l. quæ conditio, 39. ff. de conditionib. & demōstrationib. ibi: *Quæ conditio cū ad genus personarū, nō ad certas, & notas personas pertineat, eam existimamus totius esse testamenti, & ad omnes hæredes institutos pertinere.* Ex vno enim verbo plures possunt prodire substitutiones, l. cohæredi. 41. §. qui discreras, vbi Aretin. num. 10. ff. de vulgari. totque ibi insunt substitutiones, quot fuerint personæ masculorum descendentium ex masculis, Bald. in capit. 1. de success. feudi, num. 15. & 16. Afflictis nu. 49. Ruin. cons. 155. per totum, lib. 2. Zanchus in l. hæredes mei, §. cum ita, numer. 21. ff. ad Trebellian. *Num. 142. Y ponderase para esto la l. quæ condictio.*

Y esta regla se concibio casi por las mismas palabras con que se formò la otra regla, que està al fin de la clausula 2. y la vna, y la otra vinieron à ampliar las substituciones, como se fundò num. 36. *Num. 143. La regla de la clausula 29, es en la misma forma que la de la 2.*

Quod planè constat ex dictionibus huic regulæ adiectis, q̄ juntandolas con la subjeta materia de mayorazgo, y con las palabras a que se aplican, no se puede poner duda, en que todos los descendientes varones de don Alfonso estē llamados, y respeto dellos, excluydas las hembras descendientes del mismo don Alfonso: y esso importa la palabra, *è assi*, que es ampliatiua, y declaratiua, y añade substituciones, vt ostendimus n. 19. 20. 21. y la palabra, *sucessiuamēte*, se refiere à substituciō fideicommissaria perpetua de vn varon en otro varon, hasta ser acabados todos ellos, como se fundò nu. 22. Y en el fin de la clausula segunda, està interpretada la naturaleza desta palabra, *sucessiuamente*, como la interpreta el derecho: porque dize: *E assi sucessiuamente de vno en otro, toda via para el fijo mayor legitimo, varon, nacido de legitimo matrimonio,* *Num. 144. Declaranse las palabras de la clausula 29. E assi sucessiuamēte, y prueuase que induzen llamamiēto vniuersal de agnatos.*

S que

que descendiere de la linea derecha de los fijos mayores legitimos, que no parece se pudo explicar con mas claridad, para disponer que la sucesion auia de discurrir por los varones, de vno en otro, sin interposicion de hembra.

Num. 145. La diccion, Sucesiuamente, que significa.

Y en esta clausula, la palabra, *sucessiuamente*, importa lo mismo ex propria vi, & natura illius dictionis, quia in fideicōmissarijs substitutionibus, idem est, ac si testator diceret ordine succesiuo, gradatim de vno in alium, l. cum ita legatur 33. §. in fideicommisso, l. peto 71. §. fratre, ff. de legat. 2. l. hæredes mei, 57. §. cum ita, ff. ad Trebellian. l. si cognatis, 20. ff. de rebus dubijs, l. vltima, C. de suis & legitimis hæredibus, l. fin. C. de verbor. significatione, DD. in dictis iuribus, & in l. Gallus, §. quidam rectè, ff. de liber. & posthum. vbi eleganter Socinus num. 14. cum sequentibus, prȩsertim num. 18. & 19. Molina lib. 1. cap. 6. num. 15. Velazquez in l. 40. Tauri, glossa 10. num. 7. Beroius consil. 120. num. 40. lib. 2. Honded. cons. 65. num. 15. & 16. lib. 1. Surdus cons. 403. num. 13. volum. 3. Peregrin. de fideicommis. artic. 18. per totum, præsertim num. 21. cum sequentibus, fo. 163. Ordo enim succesiuus dicitur de vno in alium gradū, Surd. dict. cons. 403. num. 74. lib. 3.

Num. 146. Por las palabras, En todos los sus fijos ê descendiẽtes dellos, toda via el fijo varon mayor, *se comprehẽde toda la descendencia de varones de dō Alfōso.*

Siguese luego: *En todos los sus fijos, è descendientes dellos, toda via el fijo varon mayor*, que son palabras vniuersales, comprehensiuas de toda la descendencia de varones de don Alfonso, in infinitum, para que no se pudiesse dudar, si estauan todos comprehendidos en las substituciones precedentes; porque aunque lo estauan los del hijo primero, y segundo de don Alfonso, en el §. 2. y 3. y se podia dudar, si en el §. 4. estaua comprehendida la descendencia del tercero hijo, y auian quedado omitidos los demas hijos que pudiesse tener, asseguró la sucesion de toda la descendencia de varones de don Alfonso, con auer vsado de las palabras de que vsò en este §. 4. que son generales, y vniuersales: y por esso dixo: *Todos los sus fijos, è descendientes dellos*: como si dixera: No se ha de restringir esta sucesion de varones, à solas las cabeças de los dos hijos de don Alfonso, sino tambien à todos los otros que huuiere, y à todos los descendientes dellos.

Num. 147. La palabra, descendientes, *es collectiua, y induze substitucion fi*

Esto se prueua por la palabra, *Descendientes*, Quod verbum est collectiuum, & omnes descendentes in infinitum cōplectitur, vt ij gradatim, & ordine succesiuo ad succesionem perpetuò dicantur inuitati per fideicommissum reciprocum, & fi-

& fideicommissariam substitutionem, l. Iure consultus 10. §. parentes, ff. de gradibus affinitatis, l. vltima, C. de suis & legitimis hæredibus, §. 1. in authen. de heredib. ab intestato venien. Celsus cons. 120. num. 39. Cephal. cons. 394. num. 3. lib. 3. Peregrin. de fideicommis. art. 19. num. 11. cum sequentib. fol. 174. artic. 30. num. 14. fol. 276. & cons. 62. num. 20. lib. 1. Riminal. cons. 279. num. 64. lib. 3. Ondedeus cons. 1. num. 24. consil. 8. num. 33. volum. 1. consil. 14. num. 70. vol. 2. Decian. consil. 38. num. 5. & 6. lib. 4. Menochius lib. 4. presumptione 91. num. 7. cons. 815. num. 30. lib. 9. consil. 1012. num. 1. volum. 11. Surdus cons. 370. num. 22. vol. 3. Pedrocha cons. 40. num. 339. & 340. Sforcia cons. 45. num. 4. & 5.

deicommissaria, de todos ellos, in infinitum.

Y porque la palabra, *descendientes*, es apta para comprehẽder varones, y hembras: y quando se junta con ella la palabra, *varones*, solo comprehende los agnatos, y no las hembras, ni los varones dellas. Por esso continuando el fundador su intento de conseruar su agnacion por los llamamientos continuados de varones, y por expressa exclusion de las hembras, como se ha aduertido, añadio, *Toda via el fijo varon*, dando a entender, que los hijos y descendientes que aqui llamò, auian de ser varones con el mismo presupuesto, con que fue en las substituciones precedientes. Nam quamuis, vocatis descendẽtibus, tàm fœminę, quam masculi censeantur vocati, Alexan. cons. 160. num. 5 lib. 2. Crotus in l. omnes populi, nume. 154. ff. de iust. & iure. Deci. cons. 223. num. 4. Paris. cons. 26. num. 34. lib. 2. Natta cons. 64. num. 8. lib. 1. Beroi. cons. 120. num. 6. lib. 2. & alij ex ijs quos supra recensuimus. Hoc tamen locum non habet, quando vocantur masculi descendentes. Tunc enim non solum fœminæ, sed etiam nati ex eis à successione arceantur, Socinus in l. Gallus, §. nunc de lege Velleia. num. 6. ff. de liber. & posthum. & cons. 12. numer. 5. volum. 3. Alciatus responso 96. num. 33. & 34. Menoch. cons. 172. num. 1. 12. 22. & 24. cum alijs, lib. 2. Molina lib. 3. cap. 5. numer. 45. cum sequentibus.

Num. 148. Y añadiẽdo, Toda via el fijo varon mayor, no comprehẽde mas que los agnatos.

Y aunque la palabra, *descendientes*, es collectiua, y tiene en si bastante expression para comprehender toda la descendencia de varones, para mayor claridad, y manifestacion de su voluntad, añadio el fundador la palabra, *todos*. ibi: *Todos los sus fijos, y descendienses dellos, toda via el fijo varon:* Dictio enim, *omnes*, vniuersalis est, l. omnes populi 9. ff. de iustitia

Num. 149. Mayormẽte cõ el adjetiuo, todos.

Dictio, omnis, vniuersalis est.

& omnes casus cōprehendit, etiā improprios.

stitia & iure, l. omnes, 3.ff.de restit.in integr.l.omnes autem, 3.ff.vsufructuar.quemad.caueat. & omnes casus nullo excepto comprehendit, & indistinctè sine restrictione accipitur, l. à procuratore,13.C.mandati,l.Iulianus,66.ff. delegat.3. capit. solitæ,6.de maioritate, & obedient. DD.in prædictis iuribus, Bart.num.3.Salicet.num.6.vers. *nisi dixerit*, in l.cùm rem alienam, C. delegat. Iason in l.serui electione, §. cùm fundus, numer.24. ff.delegat.1. Decius in l.omnia, numer.1. ff. si certum petatur, Dec.consil.62.numer.39.Surdus consil.424.numer.17.consil.463.nume.44.volum.3.& trahitur ad casus improprios,& qui aliàs non comprehenderentur, & si maior in vno,quàm in alio vigeat ratio Lancelot.Galliaula consil.1.numer.45.& 50.cons.94.nu.24. Albensis cons.585. nu.27.lib.4. Pedrocha cons.28. nu.21.

Num.150. Ponderase el cōs. 84.vol.3.de Deciano,en cōfirmaciō de lo passado.

Y en terminos de nuestro caso,ponderando la palabra, *descendientes*, y juntando con ella la vniuersal, *omnes*, en materia de fideicommisso perpetuo, lo respondio assi Deciano consil.84.volum.3.per totum: donde à num.8.expēdit verbū, *descendentes*, ex quo ordine successiuo, & gradatim factas esse substitutiones colligit,& num.13.ponderat verbum, *omnes*,vt ex ea voce collectiua,& vniuersali descendētes omnes veniant,nemine excepto,& consil.3.volum.2.idipsum agnoscit,num.4.ad finem,cum sequent.ibi: *Quia dum testator de descendentibus mentionem facit, vtitur his verbis,& omnibus ex linea masculina, filijs masculis descendentibus: si omnibus,ergo nō maioribus natu tantū: quia vox illa, omnibus, comprehendit omnes indistinctè, nulla facta limitatione ex aliqua qualitate,&c.* Como si dixera à nuestro proposito, no solo està llamado el hijo, y descendiente varon mayor, sino todos los hijos, y descendientes, sin excepcion ninguna. Y aunq̃ nuestra clausula dize: *Toda via el fijo varon mayor*, no quita que no esten llamados todos los demas, sino aduierte, que siempre el varon mayor es el que se ha de preferir a los otros: y varon mayor es aquel que ocupa el primer lugar en la primogenitura, como se aduirtio nu.29. cū seq. y la restriccion que tienen estas palabras, la puso el fundador, porque quiso que fuessen varones, para excluyr las hembras, como expressamente lo ordenò.

Num. 151. Las palabras, toda via el fijo varon mayor, *q̃ significan.*

Num.152.

Conforme a lo qual se concluye, que en esta clausula està excluydas expressamēte las hēbras, y llamados dispositiuamēte, y

en

condició todos los varones descendientes de don Alfonso cótinuadamente, sin interposicion de hembra. Y acaba la clausula, Con que se guarde lo mismo en la descendencia de don Iuan de Ribera, y de los demas llamados. En que no se insiste, porque no se trata destos.

Clausula treynta.

E *A fallescimiento de fijos varones de los dichos sus fijos, q̃ aya la dicha villa, e logares, con todo lo que dicho es, la fija mayor del fijo mayor del dicho dõ Alfoñ de Silua, e sus descendiẽtes: E si acaesciere que la fija del su fijo mayor ouiere fijos, e fijas nacidos de legitimo matrimonio, que aya e herede la dicha villa, e logares, con todo lo que dicho es, todauia el fijo varõ mayor, por la orden e manera suso e yuso dichas.*

Faltando todos los hijos varones de los hijos de don Alfonso, hizo el fundador vn llamamiento especial dela hija mayor del hijo mayor del dicho don Alfonso, que se entiende acabados todos los descendientes varones: porque por las palabras, *Fijos varones*, estan comprehendidos todos los descendientes varones, mayormente estando puestos, como aqui lo estã, en condicion, vt dictum est num. 133. 134. *Num. 153. Declaracion de la clausula 30. en que està llamada la hija del hijo mayor de D. Alfonso, y sus descendientes varones.*

Y aunque llama tambien à los descendientes desta hija mayor, pone luego vna limitacion, que se entienda, que ayan de suceder los varones de vno en otro por la orden, y forma de las substituciones precedentes de los agnatos, en las clausulas 2. y 29. y de los cognatos, de que auia tratado en las clausulas 4. y 5. y 7. sin que se interpusiesse ninguna hembra: porque en esta clausula no tienen llamamiento. Y esso significã aquellas palabras, *Que aya, e herede la dicha villa, e logares con todo lo que dicho es, todauia el fijo varon mayor, por la orden e manera suso, e yuso dichas*: que son palabras de que vsa el fundador, para significar que vnas clausulas se han de entender por otras, y q̃ todas ellas hazẽ vna contextura para esta sucession, y que como antes tenia llamados los agnatos, quiere q̃ despues de la hija mayor del hijo mayor de don Alfonso, sucedan todos los varones cognatos.

Y aunque la palabra, *Fija*, por interpretacion se estiende à la nieta: esto se entiende en las substituciones genericas, y absolutas, pero no quando estan calificadas cõ alguna especiali- *Num. 154. Las palabras,* Fija del fijo ma-

& omnes casus cōprehendit, etiā improprios. stitia & iure, l. omnes, 3.ff.de restit.in integr.l.omnes autem, 3.ff.vsufructuar.quemad.caueat. & omnes casus nullo excepto comprehendit, & indistinctè sine restrictione accipitur, l. à procuratore,13.C.mandati,l.Iulianus,66.ff. delegat.3. capit. solitæ,6.de maioritate, & obedient. DD.in prædictis iuribus, Bart.num.3.Salicet.num.6.vers. *nisi dixerit*, in l.cùm rem alienam, C. delegat. Iason in l.serui electione, §. cùm fundus, numer.24. ff.delegat.1. Decius in l.omnia, numer.1. ff. si certum petatur, Dec.consil.62.numer.39.Surdus consil.424.numer.17.consil.463.nume.44.volum.3.& trahitur ad casus improprios,& qui aliàs non comprehenderentur, & si maior in vno,quàm in alio vigeat ratio Lancelot.Galliaula consil.1.numer.45.& 50.cons.94.nu.24. Albensis cons.585. nu.27. lib.4. Pedrocha cons.28. nu.21.

Num.150. Ponderase el cōs. 84. vol.3. de Deciano, en cōfirmaciō de lo passado. Y en terminos de nuestro caso,ponderando la palabra, *descendientes*, y juntando con ella la vniuersal, *omnes*, en materia de fideicommisso perpetuo, lo respondio assi Deciano consil.84.volum.3.per totum: donde à num.8.expēdit verbū, *descendentes*, ex quo ordine successiuo, & gradatim factas esse substitutiones colligit,& num.13.ponderat verbum, *omnes*,vt ex ea voce collectiua,& vniuersali descendētes omnes veniant,nemine excepto,& consil.3.volum.2.idipsum agnoscit,num.4.ad finem,cum sequent.ibi: *Quia dum testator de descendentibus mentionem facit,vtitur his verbis,& omnibus ex linea masculina.filijs masculis descendentibus: si omnibus,ergo nō maioribus natu tantū:quia vox illa, omnibus, comprehendit omnes indistinctè, nulla facta limitatione ex aliqua qualitate,&c.* Como si dixera à nuestro proposito, no solo està llamado el hijo,y descendiente varon mayor, sino todos los hijos,y descendientes,sin excepcion ninguna. Y aunq̃

Num. 151. Las palabras, to da via el fijo va ron mayor, q̃ significan. nuestra clausula dize: *Toda via el fijo varon mayor*, no quita que no esten llamados todos los demas, sino aduierte, que siempre el varon mayor es el que se ha de preferir a los otros: y varon mayor es aquel que ocupa el primer lugar en la primogenitura, como se aduirtio nu.29. cū seq. y la restriccion que tienen estas palabras, la puso el fundador, porque quiso que fuessen varones,para excluyr las hembras,como expressamente lo ordenò.

Num.152. Conforme a lo qual se concluye,que en esta clausula està excluydas expressamēte las hēbras, y llamados dispositiuamēte,y en

condiciõ todos los varones descendientes de don Alfonso cõtinuadamente, sin interposicion de hembra. Y acaba la clausula, Con que se guarde lo mismo en la descendencia de don Iuan de Ribera, y de los demas llamados. En que no se insiste, porque no se trata destos.

Clausula treynta.

EA fallescimiento de fijos varones de los dichos sus fijos, q̃ aya la dicha villa, e logares, con todo lo que dicho es, la fija mayor del fijo mayor del dicho dõ Alfoñ de Silua, e sus descendiẽtes: E si acaesciere que la fija del su fijo mayor ouiere fijos, e fijas nacidos de legitimo matrimonio, que aya e here de la dicha villa, e logares, con todo lo que dicho es, todauia el fijo varõ mayor, por la orden e manera suso e yuso dichas.

Faltando todos los hijos varones de los hijos de don Alfonso, hizo el fundador vn llamamiento especial de la hija mayor del hijo mayor del dicho don Alfonso, que se entiende acabados todos los descendientes varones: porque por las palabras, *Fijos varones*, estan comprehendidos todos los descendientes varones, mayormente estando puestos, como aqui lo estã, en condicion, vt dictum est num. 133. 134. *Num. 153. Declaracion de la clausula 30. en que està llamada la hija del hijo mayor de D. Alfonso, y sus descendientes varones.*

Y aunque llama tambien a los descendientes desta hija mayor, pone luego vna limitacion, que se entienda, que ayan de suceder los varones de vno en otro por la orden, y forma de las substituciones precedentes de los agnatos, en las clausulas 2. y 29. y de los cognatos, de que auia tratado en las clausulas 4. y 5. y 7. sin que se interpusiesse ninguna hembra: porque en esta clausula no tienen llamamiento. Y esso significã aquellas palabras, *Que aya, e herede la dicha villa, e logares con todo lo que dicho es, todauia el fijo varon mayor, por la orden e manera suso, e yuso dichas*: que son palabras de que vsa el fundador, para significar que vnas clausulas se han de entender por otras, y q̃ todas ellas hazẽ vna contextura para esta sucesion, y que como antes tenia llamados los agnatos, quiere q̃ despues de la hija mayor del hijo mayor de don Alfonso, sucedan todos los varones cognatos.

Y aunque la palabra, *Fija*, por interpretacion se estiende à la nieta: esto se entiende en las substituciones genericas, y absolutas, pero no quando estan calificadas cõ alguna especiali- *Num. 154. Las palabras, Fija del fijo ma-*

dad

yor, de la clausula 30. induzen especial llamamiento de la hija, y no comprehenden la nieta hija de la hija, ni la bisnieta hija del nieto agnato.

dad, que no conuiene à la nieta, ni à ella se endereça la intenciō del fundador: y asi en el llamamiento de la hija mayor del hijo mayor, no està cōprehendida la hija de la hija, nieta del hijo mayor, ni la hija mayor del nieto de don Alfonso: porque fue llamamiento especial, sin que se pueda estender à otras personas por interpretacion, extension, ni representacion, ni transmission.

Num. 155. Prueuase lo primero por la substituciō de la clausula 31.

Y que debaxo del nombre, *Hija mayor del hijo mayor*, no pueda cōprehenderse la nieta hija desta hija, ni la hija represen tar la persona de la madre, està claro por esta disposicion: porque aunque sea asi, que la palabra, *mayor*, no excluye la representacion por la. l. 40. de Toro: pero como esta ley dexò salua la voluntad del fundador, por ella està excluyda la representacion manifiestamente: porque en esta clausula estan llamados los hijos varones desta hija mayor. Y en la clausula 31. està expressamente excluyda la nieta su hija, y quiere que suceda el hijo varon de la segunda hija, y de las demas descendientes. Con que se vee claro, que la intencion del fundador no fue cōprehender la nieta en la palabra, *Fija*, ni admitir representacion de hija à madre, sino q̃ cada vna sucediesse por su persona, y en su lugar: y auiendo de entrar despues de la hija mayor del hijo mayor, y sus descendientes varones, los varones de las otras hijas, estādo todos antepuestos a la nieta del hijo mayor, hija de su hija, impossible es que esta nieta pudiesse representar el grado de la madre, la qual por particular priuilegio estaua antepuesta à estos varones, y su hija pospuesta, y excluyda por el llamamiento dellos. Y asi por la voluntad no puede auer representacion, ni cōprehenderse la nieta en la palabra, *Fija*, à que asiste la misma ley. 40. de Toro.

Y si en la palabra, *Fija*, se comprehēdieran las nietas, y descendientes, huuiera sido vn llamamiēto regular contrario al de la clausula 31. y al de la voluntad del fundador, que quiso q̃ los varones cognatos se prefiriessen à las hēbras: pues si todas las descēdientes estuuierā cōprehendidas en la palabra, *Fija*, no tuuierā los cognatos llamamiento priuilegiado, y antepuesto à las hembras de mejor linea y grado.

Num. 156. Prueuase lo segūdo, porque de otra suerte fuera sucessiō regular.

Y que no se cōprehenda la hija del nieto mayor debaxo de la palabra, *Fija mayor del fijo mayor*, se prueua, porque si se huuiera de entender asi, ningun priuilegio, ni antelacion huuiera de tener la hija mayor del hijo mayor, porque solo fuera

vn llamamiento regular de las hembras à falta de varones, y siguierase, que concurriendo la hija mayor del hijo mayor, cõ vna hija mayor del nieto, que era la que auia de tener la sucession regular, se prefiriera esta à la hija del hijo mayor, contra lo dispuesto expressamente por el fundador.

Por lo qual necessariamente se ha de entender, que està clausula hizo vn llamamiento especial de la hija mayor del hijo mayor, sin que en el estè comprehendida la nieta, ni la bisnieta, en las quales no concurre la calidad de ser hijas mayores del hijo mayor por expressa voluntad del fundador, juntãdo esta clausula con la siguiente, como està dicho: pues por ellas se da la prerogatiua à la hija mayor del hijo mayor, y se le quita à la nieta, hija desta, y à la bisnieta, hija del nieto mayor. *Num.157.*

Entra pues el llamamiento: *E a fallecimiento de fijos varones de los dichos sus fijos, que a ya la dicha villa, e logares, con todo lo que dicho es, la fija mayor del fijo mayor del dicho don Alfoñ*, el qual no se concibio para llamar los descendientes del hijo mayor de don Alfonso, varones, ni hembras: y por esso no viene en consideracion aqui el significado que ha de tener la palabra, *Fijo mayor:* porque se puso, no para llamar, sino para calificar el llamamiento de la hija mayor deste: y assi solo se ha de tratar, si puede este llamamiento passar en otra hembra, y conforme al sentido literal de la clausula, que es el que se ha referido, sola esta hija por particular priuilegio està llamada, y antepuesta à las otras hembras, y varones dellas por substitucion especial: y assi no puede conuenir el llamamiento à la hija desta, ni à otra hembra su descendiente, ni à la hija de otro descendiente, que no sea el hijo mayor de don Alfonso.

Num.158. Appellatione filij maioris nõ veniunt descendentes, quando non ad vocationem, sed ad calificandam eam adycitur.

Cuius rei ratio est: quia quanuis vocatio filio maiori masculo, omnes descendentes masculi veniant, neque ex verbo, *maiori*, excludatur repræsentatio. l. 40. Tauri, vbi latè Velazquez de Auendaño, gloss. 17. numero. 17. vsque ad 28. Molina libro. 3. capit 8. numero. 18. latè Peregrinus consilio. 38. libro. 1. præsertim numero 18. cum sequentibus. Si tamen verbum, *Maior*, non ad vocationem filij maioris absolutè adijciatur, sed qualitatẽ præseferat, vt substitutio certam habeat qualitatem, atque ex ea persona vocata certa reddatur, tunc ex adiectione qualitatis illa tantum persona in substitutione com-

Num.159 Vocatio maioris non excludit repræsentationem.

comprehenditur, quæ sub prædicta qualitate vocatur: & ideò filio ad successionem inuitato sub qualitate, quæ nepoti non conuenit, non censetur nepos vocatus. l. vltima. C. de naturalibus liberis, vbi Bartolus, & Doctores. l. cum pater. 79. §. hæreditatem filius. ff. de legatis. 2. Bartolus in. l. liberorum, numero. 6. & 13. ff. de verborum significatio. Baldus consilio 302. *Non continetur*, num. 1. volumine. 4. Riminald. Senior consi. 22. numero. 4. volumine. 1. Beroius consilio. 71. numero. 28. & 29. volumine. 1. Gabriel consilio. 119. num. 50. vol. 2. Tuschus tomo. 3. litera. F. conclus. 376. num. 38. fo. 954.

Num. 160. Expendese el cõs. 403. volum. 3. de Surdo, para que en las palabras, Fija mayor del Fijo mayor, *no se cõprehenda la nieta.*

Y que esta, de que tratamos, sea calidad que no conuenga à la nieta, ni aya de passar de la persona de la hija llamada, post alios in specie respondit Surdus consilio. 403. numero. 23. versicul. *Demum,* & numero. 24. volu. 3. his verbis: *Demum nõ venit nepos appellatione filij, quando disponens mentionem facit de filio non simpliciter, sed cum aliqua alia qualitate, quæ non ita conuenit nepoti: ita Bartolus in. l. finali. C. de naturalibus liberis, & in dict. l. liberorum. vers. item prædicta vera, Baldus in. l. quisquis. C. ad legem Iuliam maiestatis. Butrius in cap. 1. de Baptismo, & alij inferius mox citãdi. In casu præsenti nominati, & vocati sunt filij cum qualitatibus, quæ non sunt in nepotibus: nempè filius primogenitus. D. Joannis Vincentij, qui erit natu maior: dominus Bonifacius non est filius, non est primogenitus Ioannis Vincentij, & non est natu maior, ideò non potest prætendere se in ea vocatione inclusum.* Et ibi: *& in terminis nostris, quod nepos non veniat, quando erat natu maior, nec ei qualitas ista conueniebat, voluit Alexand. consi. 123. numero. 2. volum. 1. vbi loquitur in materia maioratus, idem in consil. 4. numero. 7. volumine. 4. Decius quoque in eisdem terminis maioratus, in consil. 443. nu. 24. vbi infert, quòd patruus per hanc rationem præfertur nepoti, Beroius in consilio. 71. numero. 28. volumine. 1. qui & ipse fundat suam decisionem super qualitate ætatis, Gabriel d. conclusione. 2. numero. 60 vbi allegat dict. Alexand consi. 4. plures addendo pro confirmatione limitationis, idem ponit Simon. d. solutione. 1. num. 45. vbi vltra Alexand. allegat Riminaldum Seniorem, & in materia maioratus idem probauit Berreta in consilio. 134. numero. 24. hinc dixit Alban. consil. 60. numero. 5. quod patruus excladit nepotem, quando non fuit*

fuit simpliciter vocatus primogenitus, sed filius primogenitus: quia nepoti non aptatur qualitas filiationis, allegat Alex. in loco supra relato, *& confirmatur eius argumentum, quia duæ impropriationes cōcurrerent in nepote si admitteretur: Prima, quia habetur pro primogenito, cum non sit: & reputatur filius, cum etiam non sit proprie talis: Et subdit, quod fundamentum suum magis communiter approbatur. Per prædictam quoque rationem qualitatis non conuenientis infert Cassane. in cōs. 53. nume. 32. quód vbi vocantur filij primi gradus, tunc nepos non admittitur: non enim est in primo gradu. Et ita per huiusmodi vocationem testator nō egreditur personam filij natu maioris, quem ad successionem inuitauit, & ex eius tantum persona ius metimur.* Egregiè ex pluribus Maluasia cons. 22. num. 30. cum sequentibus, præcipuè numero. 33. & 34.

Quod probat text. in. l. fin. C. de naturalibus liber. & in. l. cum pater. 79. §. hæreditatem filius. ff. de legatis. 2. vbi propterea appellatione filiorum non fuerunt comprehensi nepotes, quia testator non simpliciter filios ad successionem inuitauit, sed adijecit qualitatē, ibi. *hæreditatē filius cū moreretur filijs suis, vel cui ex his voluisset restituere, fuerat rogatus*: Expēdi enim debēt verba illa, *Filijs suis*: iuxta Bar. doctrinā, in. l. liberorū, n. 6. & 13. ff. de verb. signifi. & aliorū in. l. Gallus. §. instituēs. ff. de liber. & posthu. vbi eleganter Socinus nu. 5. dum agit de explicatione, text. in. d. §. hæreditatē filius, subdit, *Primò, quòd ibi nō dixit filijs simpliciter, sed dixit filijs suis: vnde licèt nepotes dicantur absolutè filij, tamē nō dicūtur filij talis, putà Titij, &c.* latè Paulus de Montepicho cons. 74. per totum, præsertim nu. 2. & 8. Simon de Prætis de interpre. vltim. voluntat. libro 3. interpretatione 3. dubitatione. 4. solutione. 3. num. 45. cum sequentibus, pagina. 207. Menochius consil. 328. nu. 15. libro. 4. & de præsumpt. libro. 4. præsumptione. 94. numero. 3. & melius consil. 215. numero. 51. cum sequentibus, libro. 3. vbi numero. 52. ad fin. & numero. 53. elegantem reddit rationem his verbis: *Et huius traditionis ea esse potestratio, quia testator restrictè, ac limitatè loquitur, habita, scilicèt, relatione ad certam personàm: átque ita de filijs immediatè loquitur: & propterea nepotes non continentur, cùm inmediatè filij dici nō possint: sicuti tradit Corn, cōs. 47. col. 3. lib. 4. Alex. cōs. 56. lib. 5. Craue. cons. 98. nu. 9. & Rimi. Iun. cōs. 173. nu. 9. lib. 2.*

Num. 161 *Y la. l. fin. C. de natural. liber. y la. l. cum pater.*

Num. 162. *Verba*, Filijs suis, *non comprehendunt nepotes.*

Num.163. Las palabras, Fija mayor del fijo mayor, se pusieron para limitar la substitució.

Y assi la palabra *Fija mayor del fijo mayor de don Alfoñ*, se puso para restringir, y limitar el llamamiento, que no passasse de la persona desta hija, dandole priuilegio, y sacandola de la regla general de la exclusion de las hembras para en este caso: y por auer sido especial substitucion, y priuilegio, verbum, *Filia*, seu *filius*, ad nepotem, vel neptem non porrigitur, est elegans text. in l. sed & milites. 10. ff. de excusatio. tutor.

Num.164. Quãdo filius vocatur aduersus ius cõmune, aut in præiudiciũ tertij, non cõprehẽditur nepos.

Y que fuesse particular priuilegio desta hija, alia etiam euidenti ratione constat, animaduertendo, que si se huuiera de regular por derecho esta succesion, necessariamente auia de suceder la hija del vltimo posseedor, en cuyo perjuyzio, y de los varones de hembra, si los huuiera, que por regla general tienẽ prelacion en esta disposicion, està llamada. Quo casu, quando, scilicet, filius contra ius commune, aut in alterius præiudiciũ vocatur, ea substitutio ad nepotem non protenditur: quia aduersus iuris communis dispositionem priuilegio quodã, & singulari iure innititur, vt præter vulgata iura pulchrè docet Modestinus in d. l. sed & milites. 10. ff. de excus. tutor. vbi Bal. n. 3. ita inquit in tex. ibi: *Hæc autẽ nota, in priuilegijs nomine filiorũ nepotes nõ includi. Et facit ad statutũ, in quo filius excludat sororẽ dotatã à successione. Nã si præmoritur filius relicto nepote, nepos nõ excludet amitã, quod est notatu dignũ. A iure cõmuni nunquã excluditur quis, nisi à personis specificatis in lege, vt supra soluto matrimonio. l. si vero. §. de viro.* Et ibi: *Itẽ nota, quando agitur de præiudicio iuris tertij, appellatio filiorũ nõ cõprehendit nepotes.* Idẽ Bal. in repetitione l. in suis. num. 34. ad med. ff. de liber. & posthu. vbi subijcit casus, in quibus appellatione filiorũ non cõprehenduntur nepotes, & inter eos, & hunc enumerat, ibi: *Idẽ si profertur ad fauorẽ contra ius cõmune de excusatione tutorũ, sed & milites. §. 1.* Idẽ Bald. in. l. 2. nu. 2. C. de bonis mater. Alex. cons. 37. nu. 14. vers. *Tertio respondeo*, vol. 6. & in. l. etiã, nu. 3. vers. *Sed pro concordia*. ff. soluto matri. vbi Barbos. nu. 80. Deci. cons. 95. nu. 7. vol. 1. vbi id cõmuni voto receptũ asseuerat. Gabriel. cõmun. opin. lib. 6. tit. de verbor. signific. conclus. 1 nu. 83. Hiero. Gabriel cõsil. 119. nu. 51. & 52. vol. 2. Riminal. cons. 389. nu. 28. & 29. vol. 4.

Num.165 Refierese para esto la dotrina de Imola.

Et confert Imolæ doctrina cõmuni voto recepta in. l. si vero. §. de viro. ff. solut. matrim. nu. 33. & 34. præsertim, ibi: *Si autem nulla ratio sit expressa, tũc cum statutũ sit valde præiudiciale, correctorium iuris communis, & sumus in dubio, an voluerit*

luerit fauere filijs primi gradus? An vero agnationi? In dubio restringitur, vt quanto minus fieri potest, lædatur ius commune, argumēto eius, quod habetur in cap. cū dilectus, extra de consuetud. vbi bonus tex. & in. l. 2. C. de noxal. actio. & sic videtur, quòd in dubio nepos ex filio masculo non excludat filiā fœminā, vel neptē ex ea: arg. d. l. sed & milites. §. 1. & d. l. iubemus. Huc etiam pertinent Alex. cons. 97. *Viso themate.* nu. 2. vers. *sed præmissis*, cū seqq. & per totum volu. 2. Socin. Iun. cons. 4. nu. 21. vol. 3. Riminal. cons. 117. nu. 71. lib. 2.

Y cōcurre cō esta calidad lo q̄ dispuso el fūdador en la clausula siguiēte: porq̄ declarò en ella, q̄ aūq̄ enla precediēte estauā llamados dſpues desta hija mayor del hijo mayor đ D. Alfōso, sus descēdientes varones: pero no lo estauā las hēbras descendientes della, antes inmediatamēte despues de los dichos varones estan llamados los dela hija segunda, con prelacion à las hembras de la primera: y assi no es possible q̄ en esta voluntad la palabra: *Fija:* pueda comprehēder à la nieta, ni al bisnieto su descendiente, no lo siēdo de hijo varon suyo. Et ita substitutio filiæ non porrigitur ad neptē, vt in terminis respondit Decian. cons. 3. nu. 1. & elegantiùs cons. 4. nu. 1. vol. 2. en otra clausula, y disposicion semejāte à la nuestra concebida por palabras de hijo mayor, & reddit rationem, ibi: *Tū, quia verba nō patiuntur: Tū, quia frustra recurrimus ad impropriationē verborū, cū alia habeamus verba testatoris clarissima, quibus extenditur eius dispositio ad alios casus: neq; ideò finitur in primo maiori natu. Ex his patet, hāc primā coniecturā nō cōcludere, quòd scilicet, testator voluerit dispositionem suā extendere vltra primum maiorē natu: Nam licet in hoc simus concordes: discordamus tamen in duobus. Primò, per quæ verbā facta sit extēsio? Dictus dominus dubitans vult, per illa verba, filium maiorē ætate, extendi dispositionem etiam ad nepotes: quod nos negamus, cum alia sint verba clariora. Secūdò, circa modum, dū, scilicet dominus dubitans vult, nepotes vocatos intelligi cum qualitate maioris ætatis. Nos verò id apertè repugnare verbis testatoris contendimus: non ergo concludit ista coniectura, quòd appellatione filij maioris ætate vocati sint per hunc testatorē omnes nepotes, etiā maiores natu: in quo solo cardo difficultatis versatur. Et dūm posteā subdit dominus dubitans, nec alia verba magis apta huic vocationi habemus: hoc etiā negamus: quia imò illa sunt aptiora,* quæ

Num. 166. Por no estar llamadas las hijas dela hija mayor, sino los varones de la hija segunda, verbum, Filia, non comprehendit neptem.

quæ sequuntur,&c. Y va prouando por las clausulas de aquella disposiciō, q̄ son semejantes à esta, y no tā apretadas como la clausula.31.q̄ no estā cōprehēdidas en este llamamiēto las nietas, in quo idē Author d.cōs.3.& 4.plura hincinde congerit,& latè disputat.

Num.167. La hija de la hija mayor de la clausula 30. no puede entrar por representacion, ni transmission de su madre.

Y como por la palabra, *Fijo, o fija*, estādo calificado dela manera q̄ se ha dicho, no se puede hazer extēsion al nieto, ni à la nieta: tāpoco esta hija puede ser representada por otra persona, ni ella puede trāsmitir la substituciō q̄ della se hizo: mayormente no auiēdo llegado el caso en q̄ pudo adquirir derecho en su vida, ex celebri Baldi doctrina, cōs.132. *Quāquam super pūcto*, lib.2. ibi: *Sciendū est enim, quòd quādoq; hæreditas non est aliquo modo delata, & tūc eā trāsmitti impossibile est. Præposterū enim est priùs trāsmittere, quā habere: & priùs trāsmittere, quā á iure cognosci. Unde ista Bartholomea, quæ de iure municipali nō erat cognita, imó, quòd fortiùs est prohibita succedere, masculo eā omni tēpore excludēte, quod non habebat, trāsmittere nō potuit: quia cōsequētia trāsmissionis non potest esse sine suo antecedēti: itaq; nō trāsmisit, quia nō habebat trāsmissibile.* Et ibi: *Et si dicatur valde subtiliter, quòd filia erat ad tēpus suspensa ab actu adeūdi, nō habitu existētia sui hæredis, & ideò transmittat. Respondetur, quòd ille habitus vel erat à statuto remotus interim radicitus, vel erat mortificatus, & inutilis. Aduerte, quæ est intentio statuti, dum excludit fœminam, quādiu masculus superest. Certè per fœminā significat iura fœminæ, quæ sunt duo, scilicèt, ius succedēdi, & ius transmittendi: ergo naturalis exclusio fœminæ excludit eam interim, etiam à iure transmittēdi, & sic nō transmittit: Quod notat Dynus in.l. Gallus, in fin. magnæ distinctionis: Prætereà quantum ad impediendam transmissionem, idem operatur suspensiua dilatio, quod perpetuum obstaculum, ff. ad Syllanianum.l. si quis in graui.§. fin. cum.l. sequenti. Prætereâ transmissiones sunt, aut actuum, aut potentiarum, id est, aut iuris acta quæsiti, aut quod potest sine vllo obstaculo quæri: sed neutrum est in ista Bartholomea: Et ideò de stricta ratione iuris ciuilis eam transmisisse impossibile est.*

Num.168. Hæreditas non delata, non trāsmittitur.

Idque anteà dixerat Bart. in.l. vltima.§. vltimo, num.3.ff. ad Tertulianum, vbi docet, quòd hæreditas filiæ non delata non transmittitur ad nepotes.l. cū in antiquioribus.19.C. de iure deliberandi, licet hi ex proprijs personis admittantur, Alexan. in

l.2.

l.2.num.3. C.de liberis præteritis, Imola in l.ei qui soluendo, nu.3.post medium, versi. *Circa quartum.* ff. de hæredib.instituen. pulchrè Franciscus Aretinus in l. si quis posthumos 9. nu.8.ff.de liber.& posthum.Craueta consi.127. num.11.& 12. volum.1.Menoch.consi.105.nu. 80.volum.1. Y como quiera que las descendientes hembras desta hija no se puedã admitir por persona de la madre virtute transmissionis, no importa, que por sus personas se puedan admitir, pues esto sucede por los llamamientos de otras clausulas, porque en esta no lo estã, y el inmediato tras la hija mayor del hijo mayor es el de sus descendiẽtes varones llamados tras ella en esta clausula: y despues destos no estan llamadas las hẽbras sus descendientes, sino los varones de la hija segunda, y las demas por la clausula 31. Y no teniendo llamamiento inmediato las hembras descendientes desta hija tras su madre, no puede auer lugar la transmission cõtra voluntatem testatoris. Quæ si resistat, vel non assistat, transmissioni locus non est, Natta consi.551.num.19.cum sequentibus, vol 3.in terminis Surdus consi.403.nu.51.& præter eos de reuocatione maioris natu agens, vt ex ea transmissio cesset, respondit Alex.consi.123.nu.2.vol.1. Mayormente en perjuyzio de los llamados, vt diximus nu.164.& 165.

Num 169. Las hembras de la hija mayor de la clausula 30. no tienen substitucion despues de su madre por las clausulas 30, y 31. sino que hã de entrar por otras.

Transmissioni locus non est, si testatoris voluntas resistat.

Lo qual se confirma por dos razones: La vna, porque el llamamiẽto de la hija mayor del hijo mayor es condicional, ibi: *E a fallecimiento de los fijos varones de los dichos sus fijos, &c.* que presupone, que para arraygar el derecho en esta hija, auia de venir la condicion, hoc est, la falta de los varones en su vida, qui cum in eius vita non decesserint, perspicuũ est transmissioni aditum non patere, cum conditio euanuerit, l. sed si plures.10.ff.de vulgari.l.si ex pluribus.9.ff.de suis, & legitimis hæredibus: & ratio horum iurium est, quia nullum ius substituto, quod transmitteret, fuit quæsitum, vt considerat Labeo in l.quibus diebus 40.§.quidam Titio.ff. de condition. & demonstratio.l.vnica.§.sin autem.C.de caducis tollend. vt tunc demum transmissio locum habeat, si ius sit quæsitum, l. vendetre præterito.83. ff. de acquiren. hæred. Y assi no auiendo adquirido derecho esta hija, pues la acquisicion estaua en el euento de la condicion por voluntad del fundador, nihil habuit, quod transmittere valuerit, docet Bald.in l.2.num.10.C. de liberis præteritis, vbi postquam communem esse opinionem professus est, statim subdit rationem, ibi: *Quia iura,*

Num. 170. Fideicõmissum conditionale non transmittitur.

quæ competitura sunt alicui per mortem alterius, & non ante, siue sint vniuersalia, siue quasi vniuersalia, siue simpliciter particularia, interim non recipiunt transmissionem. idem Baldus consilio 69. *Cum statutum ciuitatis*, per totum, præsertim, num. 2. & 3. volumine 1. Corneus in d.l.2. num.8. cum sequentibus. C. de liber præteritis, Albert. Brunus de statutis excludentibus fœminas, articul. 11. numer. 93. cum sequentibus, tomo. 2. tractat. folio 223. Velazquez de Auendaño in l 40. Tauri, gloss. 18. num. 18. cum sequentibus, Peregrin. consi. 39. nu. 22. & 23. lib. 1.

Num. 171. La substitucion calificada no es transmissible. porque ni puede trāsmitirse, ni representarse la calidad.

La otra razon es, porque auiendo hecho el fundador el llamamiento desta hija, calificado con calidad que no se puede representar, como fue llamar a la hija mayor del hijo mayor del dicho don Alfonso, vt ostensum est num. 159. cum sequentibus, tampoco se puede transmitir. Et quòd hæc qualitas non valeat transmitti, respondit Beroius consi. 71. numer. 29. volumi. 1. ibi: *Quartó facit, Nam licet Comes Angelus tanquam maior natu fuerit admissus, & prælatus secundo gemito ratione ætatis, vt habetur in literis, iunctis præmissis, tamen qualitas ætatis ipsius non est transmissibilis ad hæredes, neque ad filios, & descendentes, per ea, quæ habentur in l. petendæ. C. de temporib. in integrum restitution. petendæ. l. Aemilius Largianus. ff. de minoribus, facit, l. omnibus casibus, de regulis iuris, l. 1. ff. de constitutionib. Princip. & hoc est in se notum, & clarum, sed feudum in casu nostro traditur ætati, hoc est descendentibus maioribus natu, & sic propter ætatem, vt ex verbis concessionis constat, atque etiā ex prædictis colligitur: Ergo Comes Anibal, filius Comitis Angeli, non potest ex persona sua admitti: quia non est maior natu, nec iure trāsmissionis facta de persona patris in filium. Conferunt tradita per Maluasiam, consi. 22. num. 33. & 34.*

Num. 172. Respondese a la l. 40. de Toro, q̄ admite la representacion.

Non obstat l. 40. Tauri, l. 5. tit. 7. lib. 5. Recopila. donde succede el hijo representādo la persona de su padre, que murio ante delatam successionem: porque la misma ley responde a la dificultad, ad finem, ibi: *Saluo si otra cosa estuuiere dispuesta por el que primeramente instituyó, y ordenó el mayorazgo: que en tal caso mandamos, que se guarde la voluntad del que le instituyó*, & ita voluntati testatoris inhærendum est ad excludendam representationem, Molina lib. 3. cap. 8. nu. 1. cum sequentibus, Velazquez de Auendañ. in d.l. 40. Tauri, glo. 8. nu. 42.

42.&glo.15.nu.1.cum sequentibus, Azeuedo consi.2.nu.63.
& 64. Peregri.consi.39.nu.25.& num.28.versi. *Ad septimum*,
lib.1. Y bastan conjeturas, para la declaracion desta voluntad,
mayormente quando infieren de necessidad, Molina vbi su-
pra, numer. 5. Auendaño, glossa 20. ex numero. 2. vsque ad fi-
nem, numero. 15. Castillo libro. 2. quotidianarum, capit.20.
numero. 28. Gama decisio.51. numer.8.& 9. Y en nuestro ca-
so esta expressa la voluntad, porque despues de los hijos varo-
nes de la hija mayor, ò en caso que no los tuuiesse, estan llama-
dos por la clausula 31. los hijos varones de las otras hijas, y sien
do este el inmediato llamamiento, claramente quiso el funda
dor, que no sucediessen las hijas de la hija mayor, ni otras hem
bras descendientes, las quales no podian representar, ni en e-
llas se podia transmitir derecho, que no podian tener en per-
juyzio de los inmediatos substitutos, vt diximus à nu.164.

La representacion se excluye por volutad del fundador, aunq sea por conjeturas.

Clausula 31. en la plana 125. del memorial, linea 15.

E Si acaeciere, que su fija mayor non ouiere fijos varones, e los ouiere la su fija segunda, que el fijo mayor varon de la dicha su fija segunda nacido de legitimo matrimonio aya, e herede la dicha villa, e logares, con todo lo que dicho es, e por esta misma via, e forma, lo aya, e herede la dicha villa, con lo que dicho es, el fijo varon mayor de las otras sus fijas, e de sus descendientes, è los descendientes del dicho don Juan de Ribera, e de las otras personas por mi susodichas, e declaradas, a fallecimiento de la dicha linea del dicho don Alfoñ de Silua, e de sus descendientes por linea derecha.

Esta clausula tiene dos partes: La vna contiene vna subs-
titucion particular del hijo varon mayor de la hija segunda
del hijo mayor de dō Alfonso, en falta de los hijos varones de
la hija mayor del mismo: La otra, es vna regla general que
comprehende los varones de las otras hijas del hijo mayor
del dicho don Alfonso, y todos los demas descendientes va-
rones inmediatos de hembras, sin interposicion de hembra, hi
ja de hembra. Y las palabras estan claras, quanto a que en
las substituciones contenidas en esta clausula estan llamados
los

Num. 173. Declaraciō dela clausula 31. en q̄ los varones inmediatos de las hēbras tienē llamamiēto, y prelaciō a las hembras de hēbras, y a los varones de dos hembras.

los varones inmediatos de hembras de vnō en otro, sin que puedan suceder hembras, ni los hijos varones, que descendieren de dos hembras, en oposicion de los varones inmediatos de hembra: Porque de la misma manera que el hijo varon de la hija segunda se prefiere a la hija de la hija mayor, y al hijo de esta, tambien se han de preferir todos los demas varones de hembra, que no vinieren por medio de otra. Y quando las palabras no estuuieran tan claras, y huuiera en ellas alguna duda, se auia de hazer la interpretacion de la misma manera que esta dicha: Nam quoties vocantur masculi ex fœminis, censentur vocati masculi immediatè ex fœminis descendentes, non verò mediatè, in terminis Guido Papæ, consilio.28.numer.6.& 7. Capra consilio 18. numero. 10. Gratus consilio 120. numero. 26. volumine 2. Menochius consilio 172.numer.20.cum sequentibus, volumine 2. Cephal. consil. 581.numer. 11. cum sequentibus, volumine 4. Peregrin. de fideicommissis, articulo 26. numero.19. cum sequentibus. Y estos tres autores aconsejaron por vna misma parte: y aunque Mantica aconsejò por la contraria, vt constat ex his, quæ dixit, de coniectur. vltimar. volunta. libro.8. titul. 18. numer. 17. & 18. pagina 365. la sentencia que en este negocio se dio, fue contra esta opinion, y en fauor de la que defendieron los dichos tres autores, vt recenset Peregrinus dicto numer. 19. facit textus in l. qui liberis 8. §. vltimo. ff. de vulgari, & in l. ex facto. 17. §. fin. ff. ad Trebel.

Num. 174. Quoties vocantur masculi ex fœminis, cēsetur immediatê descendentes, & nō mediate vocati.

Y que esta aya sido regla general para toda la descendencia de don Alfonso, no parece que puede tener duda: porque aunq̄ primero la haze para los descendientes varones de las otras hijas del hijo mayor de don Alfonso, ibi: *E por esta misma via, è forma lo aya, è herede la dicha villa con lo que dicho es, el fijo varon mayor de las otras sus fijas, y de sus descendientes,* despues la amplia a toda la descendencia de don Alfonso, ibi: *E los descendientes del dicho don Iuan de Ribera, é de las otras personas por mi susodichas, ê declaradas, a fallecimiento de la dicha linea del dicho don Alfoñ de Silua, è de sus descendientes por linea derecha*, y asi ninguno de los descendientes de don Alfonso, esta fuera de la regla, quæ cum ad genus personarum fuerit relata, ad omnes descendentes absque discrimine pertinet, l. quæ conditio. 39. ff. de cond. & demonstrat.

Num. 175. La substitucion delos varones de la clausula 31. es vniuersal para toda la descendencia de dō Alfonso.

En

En este sentido està clara la letra por tres razones. La primera, porque auiendo el fundador llamado desde la clausula 2. hasta la 7. toda la descendencia de don Alfonso, desde la 8. cō las siguientes, llamò a don Iuan de Ribera su hijo segundo, y a sus descendientes, y a sus colaterales del fundador, y descendientes dellos: y quando dixo en esta clausula, que se guardasse lo mismo en los descendientes de don Iuā de Ribera, y de los demas llamados, presupuso, que esto auia de ser acabada la descēdencia de don Alfonso: y por esso añadio; que auia de ser en falta de los descendientes de don Alfonso. *Num. 176. Porq̄ està llamada primero toda la descendencia de don Alfonso.*

La segunda: porque vsò de la palabra, *Linea*, quod verbum est collectiuum, & multorum graduum inclusiuum collectionem personarum & tractū successiuum in infinitū continens, vt diximus nu. 24. cum sequentibus: y siendo palabra general, y capaz para toda la descendencia, sin duda comprehendio todas las personas, y casos: para que los varones inmediatos de hembra mas remotos, se prefiriessen a las hembras, y varones que descendiessen de dos hembras. *Y porque vsò de la palabra, linea de don Alfonso, con que dexò llamada toda la descendencia.*

La tercera: por la palabra *descendientes*: nam vocatis descendentibus, omnes in infinitum ad successionem inuitati dicuntur, vt diximus nu. 147. Et nomen *descēdentes*, significat tractum temporis successiuum, Curtius Iun. consil. 48. nu. 4. lib. 1. Socin. Iun. consil. 136. n. 28. lib. 3. Ruin. cons. 164. nu. 3. cū sequentib. & n. 7. vers. *Circa vero secundū*, vol. 3. Alciat. in l. Gallus. §. quidā rectè, n. 49. vers. *Idē si dictione*. ff. de liber. & posthu. Cephal. cons. 353. nu. 80. lib. 3. Crauet. cons. 22. nu. 6. lib. 1. Berreta, consil. 33. nu. 5. vers. *secundo principaliter*. Rota Romana, decis. 579. nu. 11. p. 1. in nouissimis. *Num. 177. Y porque vso dela palabra, descendientes, que denota infinidad, y tracto successiuo.*

Y siendo como es ansi, que las palabras referidas son generales, y comprehensiuas de todos los casos y personas, siempre que se offrezca esta competencia, los varones inmediatos de hembra, por remotos que sean, ternan prelacion sin restringir la disposicion a particulares casos, pretendiendo, que los demas se han de regular por derecho: porque el fundador no dio lugar a esto, pues quiso que su mayorazgo fuesse irregular, y se juzgasse por la ley de su voluntad. Y en esta manera de llamamiento, la disposicion de derecho a que se ha de acudir auiendo duda, assiste a esta inteligencia: cum in dubio masculis ex fœminis vocatis veniant masculi immediatè à fœminis procedentes, vt dictum est, nu. 174. *Num. 178.*

PARS SECVNDA.

Inclusion de la señora doña Iuana Pacheco de Silua.

POr no repetir muchos pũtos importãtes, para prouar la substitucion de la señora doña Iuana, lo hemos distribuydo en los lugares q̃ han parecido mas cõuenientes: y assi en este se apũtarà lo mas preciso, remitiendo lo que aqui falta a las otras partes, donde se disputa mas copiosamente.

Nu. 179. *Inclusion de la señora doña Iuana Pacheco de Silua, por auer sucedido su padre dõ Luys, y entrar ella como su hija, por la clausula 6.*

De lo que se infiere de la glossa de las clausulas nace la inclusion de la señora doña Iuana Pacheco de Silua: porque està prouado en la clausula 2. y 29. que este es mayorazgo de agnacion, en que estan llamados todos los varones agnatos, descendientes de don Alfonso, cuyas substituciones se extinguiero en vno de dos casos, o por muerte de don Iuan de los Reyes, vltimo Conde de Cifuentes, sino fuesse legitimo don Alõso de Silua: o siendolo, por su clericato, y auerse ordenado de Epistola, por la clausula 54. que excluye los clerigos de orden sacro.

Y en qualquiera destos dos casos, el llamado inmediatamẽte a esta sucession fue don Luys Pacheco de Silua, padre de la señora doña Iuana: porq̃ despues de los agnatos, desde la clausula 3. hasta la 7. y en la 30. y 31. interuinierõ llamamientos de algunas hembras, para dar principio a la cognacion, y que sucediessen varones cognatos: los quales en lo regular, como se ha mostrado, estan antepuestos a las hembras agnatas, y a las cognatas: y aunque estan llamadas algunas agnatas en la clausula 3. y 4. y principio de la 5. los varones destas tienẽ prelaciõ a las otras agnatas: y el llamamiento general de las agnatas, q̃ està en la clausula 5. se concibio, faltando varones cognatos destas mismas hembras.

Por lo qual don Luys Pacheco de Silua fue el inmediato sucessor, acabados los agnatos, como hijo de doña Iuana de Silua Pacheco, hija de don Luys Pacheco de Silua, señor del Villarejo de Fuentes, que fue hijo segundo de dõ Alfonso, en quien se transfirio la possession ciuil y natural, por ministerio de la ley, y por su muerte en la señora doña Iuana Pacheco su hija,

hija, sin embargo de que a este tiempo huuiesse otros varones cognatos, o hembras de otras lineas y grados: porque aunque en lo regular desta disposiciõ tienen prelacion los varones cognatos a las hembras: pero esto se limita en este caso particular, que es el que puso la clausula 6. que le decidio expressamẽte en fauor de la señora doña Iuana: porque como se mostrò en la exposicion della, la letra està clara, en quanto a que la hija del varon que huuiere sucedido en este mayorazgo, muerto el, ava de ser la siguiente en grado, sin que varon cognato, ni otra hembra le pueda hazer competencia.

Num. 180. *Don Luys padre dela señora doña Iuana fue sucessor, como hijo de hija del hijo segũdo de don Alfonso.*

Y que sea don Luys Pacheco de Silua el inmediato successor despues de los agnatos, se prueua: porque por las clausulas 3. y 4. las hijas de don Alfonso de primero grado, y sus descendiẽtes varones tienen llamamiento: y a falta destas, le tienen por la clausula 5. las hijas de sus hijos de don Alfonso: y a falta dellas, las demas agnatas, y sus descendientes varones, como prouamos en la glossa de las dichas clausulas. De manera, que despues de los agnatos tendrã el primer lugar los varones cognatos de las fijas de don Alfonso, a quien llamò para este fin solo: y el segundo lugar tendran los varones cognatos de las hijas de sus hijos de don Alfonso: y assi no auiendo, como no huuo hijas del primer grado de don Alfonso, ni descendientes varones suyos, tuuo su lugar la substitucion y llamamiento de las hijas de sus hijos de don Alfonso, y de sus descendientes varones por la clausula 5. Y por esta cabeça viene a tener llamamiẽto don Luys Pacheco de Silua, como varon de hija del hijo segundo de don Alfonso: y se ha de preferir, como primero llamado, a todas las àgnatas inferiores, y à los varones dellas, por lo que dispuso el fundador desde la clausula 3. hasta la 7. Y aunque por la clausula 30. està llamada despues de los agnatos, especialmente la hija del hijo mayor de don Alfonso: como este fue llamamiento y substitucion especial de aquella hẽbra, y que no se estendio a las hijas, ni descendientes de los nietos, y biznietos de don Alfonso, y assi lo prouamos en la glossa della: no auiendo, como no huuo hija del hijo mayor de don Alfonso, queda en su fuerça, y tiene su lugar la substitucion, y llamamiento de las hijas de los hijos de don Alfonso, y de sus descendientes varones, que el fundador hizo en la clausula 5: En la qual se comprehende, y por ella se incluye don Luys Pacheco de Silua, como varõ de hija de hijo segũdo de don Alfonso.

El llamamiento de la hembra de la clausula 30. fue especial, sin q̃ se estienda a otras.

A esto

A esto asiste la volũtad del fundador, q̃ fue llamar a los cognatos, despues de los agnatos: y como no llamò las agnatas, mas que para sacar dellas varones por las reglas generales de las clausulas 4.5.7.y 28. con lo que se aduirtio en ellas, aunque las agnatas no ayan llegado a suceder, tienen los varones cognatos descendientes dellas en su fauor, las reglas de las dichas clausulas, substitucion, y llamamiẽto propio por sus mismas personas: y asi se incluye don Luys Pacheco de Silua, como varon cognato, hijo de vna agnata, y mas cercano al fundador, y a don Alfonso, que los demas litigantes.

Nu. 181. Don Luys sucediò, aũque su madre no aya sucedido.

Conforme a lo qual don Luys Pacheco, como varon inmediato de hembra agnata, està llamado por su propia persona, como lo estan todos los varones inmediatos de hembras agnatas, por las clausulas que estan referidas, y se expendio latamente en cada vna dellas: y asi no es necessario detenernos en el llamamiento de su madre, ni en que lugar, y grado estaua llamada: cum deficientibus agnatis masculi cognati immediatè è fœminis agnatis procedentes ad hanc fuerint successionem inuitati: nam quando masculus a fœmina procedens ex propria persona vocatur, nulla matris habetur ratio, neque huius persona, sed filij tantùm cõtẽplatur, & ideò filius masculus propria substitutione innixus ad successionem admittitur, Ruin.cons.49.per totum, vol.1. latissimè & eleganter Socin.Iun.cons.2.n.20.cum seq.vol.3.pulchrè Cephal.cõs.103. per totũ, præsertim nu.6.cum seq.vol.1.Beroi.cons.120.n.81. ad fin.& nu.82.vol.2.Peregrin.cons.5.nu.14.vol.1. Gab.lib.4 tit.de fideicommiss.conclus.6.nu.7.vsque ad 10.

Quando masculus ex propria persona vocatur nulla ratio matris habetur.

Num. 182. Los varones que tienen llamamiẽto propio, sucedẽ, aunq̃ sus madres estẽn excluydas, o impedidas en la sucession. Y autores q̃ lo tienen Menochio.

Y esta cõclusion en los terminos de la disposiciõ deste mayorazgo no recibe disputa, por estar llamados los varones inmediatos de hẽbra, por sus propias personas: Porq̃ entõces es la disputa entre los Doctores, quãdo los varones no estã llamados por sus personas, e impidẽ su llamamiẽto las madres, o por estar excluydas, o impedidas, ex ratione legis si viua matre, C.de bonis matern. de qua quæstione post alios egit Menoch. cõs.172.per totũ, vo.2. Y defendiẽdo la opiniõ de q̃ los hijos no hã de ser admitidos por sus personas, tandẽ n.38. cõcludit id esse intelligẽdũ, si nõ sint expressim vocati, ibi: *Et præter ea intelligitur hæc doctrina quãdo reipsa nepos ex filia põt succedere vel quia vocatus sit, vel ab intestato lex ei deferat successionẽ, ita declarat in terminis Rui.cõs.120.n.15.li.1.* y cõ esto explica los auto-

autores, que refiere al principio de aquel numero. Idipsum profitetur Hieronymus Gabriel conſ.116.num.22.& 23. volumin.2. vbi defendit, quod quando manifeſtè apparet de voluntate præferendi filios maſculos matri, tunc diſputationi locus non eſt: cæterum ſi ſubeſt dubitatio, tunc dicendum eſt filium non debere eſſe melioris conditionis, quam eius matrem. Atque idem Menoch.conſ.400.num.50.volum.4.reſpondit, ita demum filium ex propria perſona admittendum eſſe, ſi mater ei impedimento non ſit, vt ſi filius matrem excludat, ex doctrina Baldi in l.2.num.4.C.de liberis præteritis, hoc modo diſtinguentis: aut nepos contendit admitti per tranſmiſsionem, aut per priuationem. Vt priori caſu nõ valeat ad ſucceſsionem aſpirare, quia nititur gradu, & perſona patris, ſeu matris non vocatæ: Poſteriori verò caſu, quoniam patrem, matremvè antecedit, excluſa parentis perſona, & eius non habita ratione, atque ita ſemoto obſtaculo, ex vi propriæ ſubſtitutionis, & propria perſona ius ſuccedẽdi nanciſcitur: qua ratione ductus Rubeus Alexandrinus conſ.22.num.14.ita inquit. *Hieronymo Gabriel.* *Num.183. Rubeo.*

Non eſt igitur inconueniens, quod iſti pronepotes ſint melioris conditionis quàm eorum matres, vt in ſimili arguit Socinus conſ.203.6.colum.ad finem in verſ. Ad quintam rationem, ſicuti in ſimili dicitur, quod vbi qualitas requiſita in filio non eſt in nepote, non idem iudicatur de nepote, quod de filio, vt declarat Bart.in l.liberorũ circa quartam, vel quintã colum.de verbor.ſignificatione, & bonus text.in l.fin. §.puellæ, ff.de ritu nuptiarum. Iſti enim pronepotes nõ veniunt trãſmiſsiuè ex perſona eorum matrum, ſed priuatiuè, vt declarat Bald.in l.ſi auus, C.de liberis præteritis. Item veniunt ex perſona propria, non autem ex perſona eorum matrum, vt dixi, & etiã declarat Bart.in l.1.§.ſi ſit nepos, ff.de collat.dotis, & in l.1.§.ſi ſit filius, ff.de coniungen.cũ emancipat.liber.eius: & ſi dicatur aduérte, quia matres iſtorũ pronepotum, adhuc viuunt, ergo videtur quod dicti pronepotes non poſsint ſubintrare earum locum, nec gradũ. Reſpõdeo, quód à pari procedunt non extare, vel extare, & non poſſe ſuccedere, l. ſi ex modica, §.1. ff. de bonis libertorum.

Eandem rationem ſectatur Ruin.conſ.120. num.14. in fine, verſ. *nec obſtat quod excluſa*, & num.15. volum.1. vbi explicat l.ſi viua matre, 3. C. de bonis maternis, vt non procedat ſi diuerſa ſit ratio in filio, quæ viget reſpectu matris, ſub- *Num.184. Ruino.*

 dens:

dens: *Et præsertim, quia non venit filius ex persona matris, nec tanquam intrans in locum & gradum filiæ: quia non agitur nunc de successione ab intestato, sed de dispositione contrahentium adimplenda, ex qua volunt nepotes admitti.* Idque antea dixerat Fulgos.cons.85. *ex facto proponitur*, nu.2. ibi: *Nam superius in oppositum allegata loquuntur in successionibus, quæ ab intestato deferuntur legibus. Cæterum in his quæ ex testamentis deferuntur, sæpenumero accidit, vt testãtes vlteriores in gradu anterioribus in gradu anteponant: & plerumque ex facto seruatum vidi, vt filiarum suarum filios, & sororum suarum, aut etiam fratrum filios sibi hæredes instituant, post habitis institutorum parentibus.* Corneus in l.1. num.20.C.de conditionibus insertis prædictæ l.si viua matre satisfaciens, ita inquit. *Sed vltimæ voluntates non regulantur â ratione, sed â mera voluntate testatorum, quæ voluntas in dubio deprehenditur ex verbis prolatis per testatorem, l non aliter, de legat.3.& l.Labeo, §.idẽ Tubero, ff.de supellectile legata: forte enim testator abhorrebat fœminam, vel non ita diligebat vt masculos vel forte considerabat, quod masculi indigebant maiori substantia bonorum, quàm fœminæ, quibus satis est habere congruas dotes: Ideo dicta ratio, ad quam allegatur dict.l.si viua matre, non est trahenda ad casum nostrum.* Mantica de coniecturis vltimarum voluntat. titul.18.num.72.& 73.Cephal.cons.103. numer.14. & 23. cum alijs, volum.1.Socin.Iun.cons.2.num.25.volum.3. Fuluius Pacianus cons.49.num.72.& 73.vbi respondit, eo casu non procedere dict. l.si viua matre, 3. C. de bonis maternis, quando, scilicet, non agitur de succedendo ab intestato, sed ex dispositione propriæ vocationis. Idq, probant alij proximè adducti.

Mantica, y otros.

Num. 185. Al que tiene propio llamamiẽto, no le impide el padre, o madre insucessible.

Y como quiera que el que se introduze en la sucesion tiene derecho propio para suceder por su persona, ei non est impedimento mater, seu pater, qui ob aliquem defectum, seu causam ad successionem aspirare non valet: quia eius inhabilitas non est in consideratione, neque filio ex propria persona venienti præiudicium afferre potest, Bart.in l.liberorum, nu.16. ff.de verbor.signific.& in l.qui superstitis, 93. nu.2. ff. de acquirenda hæreditate, Bald.in l.2.num.4. C.de liberis preterit.& in auth.cessante, nu.3.C.de legitim. hered. Ias.in l.si arrogator, n. 20, ff.de adoptionibus. Beroi.in cap.dilecti, nu.51. de arbitris, Cephal.cons.431.nu.23.vol.3. Albensis cons.87.nu.9.vol.1. Be-

gius

gius optimam subijciens rationem, cons.63.nu.90. & 91. Caualcan.decis.13.nu.98.part.3.

Siendo pues don Luys Pacheco de Silua, varon cognato, hijo inmediato de agnata, y estando como està llamado por substitucion propia, y por su propia persona, por las reglas generales de las clausulas 4.5.7. y 28. en el se passò el dominio, y la possession ciuil, y natural del dicho mayorazgo, en falta de los agnatos: porque el quedò por el mas cercano inmediato varon de hembra, al tiempo de la muerte del vltimo Conde de Cifuentes, don Iuan de los Reyes, y al tiempo que se ordenò de Epistola don Alonso Pacheco de Silua, considerando la vacante en el vno, ò en el otro tiempo, como està dicho, sin q̃ ninguno de los pretensores le pudiessen hazer competencia, como se fundara en la exclusion de cada vno dellos. *Num. 186. Don Luys Pacheco sucedio por muerte del vltimo Cõde dõ Iuã, ò por la ilegitimidad de don Alõso.*

De aqui depẽde la inclusiõ de la señora doña Iuana Pacheco, fundada en la clausula 6. con la inteligencia q̃ se aduirtio en la glossa della: porque es la hija legitima, y natural mayor, nacida de legitimo matrimonio, del varon que auia sucedido en este mayorazgo: porq̃ aunque estan llamados todos los varones cognatos continuadamẽte, el fundador limitò este llamamiento en fauor de la hembra, q̃ fuesse hija del que huuiesse sucedido, no dexando hijos varones, ibi: *E desque falleciere fijo descendiente legitimo natural nacido de legitimo matrimonio, que aya, è herede la dicha villa, è logares, è bienes, con todo lo suso dicho, à fallecimiento de los dichos varones, la fija legitima natural mayor nacida de legitimo matrimonio del dicho varon, que ouiere heredado la dicha villa, è logares, é bienes, con todo lo suso dicho, por cuyo fallecimiento se atajare la linea de los dichos varones.* *Num. 187. La señora doña Iuana sucede a su padre, por la clausula 6.*

Hase de repetir, y traer a la memoria, lo que se dixo en la explicacion desta clausula, y con este presupuesto se aduertiran las palabras que particularmente tocã a la inclusion de la señora doña Iuana: porq̃ la calidad q̃ requirio el fundador en este llamamiẽto, fue, q̃ la hembra q̃ huuiesse de suceder, fuesse hija del varon q̃ huuiesse heredado el mayorazgo, ibi: *Que ouiere heredado*, q̃ es lo mismo, *que ouiere sucedido*: porq̃ aunque es questiõ controuersa: Vtrũ primogenia iure sanguinis, an hęreditario deferátur? De qua quęstione egit Molin. lib.1.c.8. resoluiendo, n.10. cũ seq. q̃ el primero sucede iure hęreditario, y los demas, iure sãguinis: hac tamẽ in specie nulla est cõtrouersia in expli- *Num. 188. Y en su persona concurren todas las calidades que en ella se requieren.*

La palabra, heredado, significa succession.

explicatione illius verbi, *heredado:* Nam si effectum, & substantiam consideremus, successionem habili titulo demonstrat: quo casu verba non sunt captanda, sed rerum substantia intuenda, l. vltima, C. de vsuris, l. 2. C. communia delegat. Et verba iuxta subiectam materiam ciuili modo accipi debent, l. si vno 17. ff. locati, l. insulam, 6. ff. de præscrip. verb.

Num. 189. Con la vacante del mayorazgo se passo el dominio en don Luys.

Y que sucediesse don Luys Pacheco en este mayorazgo, sin embargo de que no entrasse en la actual possession del, no parece que puede tener duda, porque luego como sucedio la vacante, ipso iure in eum dominium fuit translatum. Nam quamuis ex l. quoties 3. C. de donat. quæ sub modo, sequentibus donatarijs post primum vtilis tantum actio quærebatur: hodie tamen ex l. 7. titul. 4. part. 5. eis competit rei vendicatio: quia in eos dominium ipso iure transfertur, dict. l. 7. ibi: *E de aquel dia en adelante ganarian la possession, è el señorio della sus herederos del que ouiesse fecho la donacion, ò el otro a quien nombrasse para auerla.* Suarez allegat. 9. numer. 16. Tello in l. 27. Tauri, num. 2. ad medium: Molina lib. 3. cap. 12. num. 2. cum sequentib. Barbosa in l. diuortio. 2. part. num. 11. ff. soluto matrim.

Num. 190. Sin ser necessaria aceptacion.

Y no fue necessario que aceptasse don Luys Pacheco, porque su acceptacion, y la de los demas llamados en el mayorazgo, depende de la del primer sucessor, cuya acceptacion confirma el derecho de los siguientes, de tal manera, que estos no tienen necessidad de acceptar. Licet enim controuersum sit in donationibus temporalibus, an acceptatio per primum facta prosit sequentibus? Doctores in l. qui Romæ 122. §. Flauius, ff. de verborum oblig. in quo magis communis, & verior est sententia Pauli in l. in insulam 43. §. fin. num. 3. ff. solut. matrim. contra Bart. in dict. §. Flauius, num. 1. Couarr. lib. 1. variarum, cap. 14. Menchaca controuers. vsu frequent. cap. 62. Molina lib. 4. cap. 2. num. 73. Dueñas regul. 216. Gutierrez lib. 2. practicarum quæst. 52. num. 5. Angulo de meliorat. in l. 1. glossa 5. num. 35. & alij. Absque controuersia tamen in maioratibus acceptatio primi omnibus prodest, adeò, vt ratihabitio sequentium non exigatur, Molin. lib. 4. cap. 2. numer. 75. versic. *In secundo casu.* Tello in l. 27. Taur. nu. 2. ad medium, Burg. de Paz consil. 26. num. 29. & 30. Azeuedo in l. 11. titul. 6. lib. 5. recopil. nu. 19. ad fin. Gutierrez lib. 2. practicarum quæst. 52. num. 3. vers. *Sed nihilominus*, cum sequentibus, Angulo de meliora-

In maioratibus dominium transfertur, sine acceptatione.

meliorationibus in l.1.gloss.5. nu.35. versic. *Quinimo*, in nouiori impressione, pagina 139. Barbosa in d.l. diuortio.2.p.nu.11.ad finem, versic. *Quòd licèt regulariter.*

Et huius rei congruam reddit rationem Molina supra ibi: *Cum enim ea donatio perpetua futura sit, atque in totius familiæ fauorem facta fuerit: consequens est, vt nomine familiæ à primo acceptata fuisse censeatur, adeò vt nec vlteriorẽ acceptationem exigat: neque enim possibile eßet, quód ab omnibus acceptaretur. Idcircoque lex eàm acceptationem, quæ secundum rei naturam haberi posset, admittit. In relicto nãque familiæ ius agendi nomine familiæ, & omnia alia faciendi proximiori defertur. l.peto.§.fratre.ff.de legat.2.l.cùm ita legatur.§.in fideicommisso, vbi per scribentes.ff. eodem, quã rationem sectantur DD. superiùs adducti, & conferunt. l.17. & 44. Tauri.* Num. 191.

Et iuxta nostri casus speciem, para prouar que no importa, que se aya entrado otro en la possession delos bienes, y que sin embargo desto se adquiere el dominio al sucessor verdadero en el mayorazgo, est elegans resolutio apud Tellum in d.l. 27. Tauri, nu.2. paulò ante finem, qui ita inquit, *An autem possessio vera acquiratur, non est nunc tractandum: dicemus in intellectu.l.45. Itaque pro nunc sat est, quòd ex hac lege transfertur dominium in quemlibet vocatum ex sola traditione primo facta: nec hoc tantum procedit, quando res donata reperitur penes donatarium grauatum, vel eius hæredes, sed et si in extraneum donatarius in vita transtulerit, dominium cõsequetur eodem instanti vocationis: quia in illũ extraneum poßessorem nullum fuit translatum ex alienatione ad instar legati, & fideicommissi, nec procedit tex. in d.l. ea lege, & in §.ea lege: quia vbicumque ex solo titulo transfertur dominium, prohibitio alienationis impedit translationẽ. Ita elegànter declarant Bald. & Imol. in l.peto.§.fratre.ff. de legat.2. sed cum ex dicta lege partitæ dominium transferatur absque traditione, impeditur translatio.* Num. 192. *Aunque otro aya entrado en la possession de los bienes.*

Y de la misma manera que passa el dominio ipso iure en el inmediato sucessor, exemplo textus in l.7.tit.4.part.5. se passa tambien la possession ciuil, y natural. l.45. Tauri. l.8. tit.7. lib. 5. Recopil. Ex quo textu constat, que no es necessaria la possession actual para constituyr por posseedor ciuil y natural al sucessor en el mayorazgo: porque basta que sea llamado inmediata- Num. 193. *En el sucessor del mayorazgo se passa la possession ciuil y natural, y es posseedor sin la actual, aunque la tenga otro.*

diatamente, despues de la muerte del tenedor. d.l.45. ibi: *Muerto el tenedor del mayorazgo, luego sin otro acto de aprehension de possession, se traspasse la possession ciuil y natural en el siguiente en grado, que segun la disposicion del mayorazgo deuiere suceder en el, aunque aya otro tomado la possession dellas en vida del posseedor del mayorazgo, o el muerto, o el dicho tenedor le aya dado la possession dellas.*

Quę lex adeò clara est, vt disputationi aditum præcludat. Nam quanuis tam iure communi, quàm Italiæ & Galliæ statutis inspectis, inter Doctores exorta fuerit contentio, an naturalis possessio sine actu apprehensionis transire valeat? Præsertim in præiudicium illius, qui res ipsas occupauit, & earum naturalem nactus est possessionem: ex hac tamen lege Regia constat, omnes difficultates esse sopitas: porque haze posseedor ciuil, y natural al inmediato successor, aunque aya otro tomado la possession, no solo despues de la muerte del tenedor, sino tambien en su vida, y aunque el se la aya dado: en lo qual es notable, y particular determinacion, como lo aduierten los autores del Reyno. Et statim dicemus numero 208.

Num. 194. La possession se cōserua en el mayorazgo para el sucessor, como en la Iglesia para el Prelado.

Y la razon es, porque la possession se conserua en el mismo mayorazgo, para el que ha de ser declarado por sucessor: nam possessio quæ penes aliquèm residet nomine dignitatis, vti apud Prælatum nomine Ecclesiæ, continuatur in successorem in consequentiam dignitatis, & absque vllo apprehensionis actu, & si alius res ipsas occupauerit: quia Ecclesia, quæ possidet, nunquam moritur: vt ex text. in capit. liberti, 65. in ordine 12. quæstione 2 resoluunt: Innocentius, numero 3. & 4. Ancharran. numero 6. & 7. Butrius numero 9. Abbas numero 18. & 19. capit. cum super, de caus. possess. & propriet. Idem Innocent. in capit. cum in officijs, numero 6. de testament. Bartol. in l. cum hæredes 23. numero 1. ff. de acquirend. possessione, Bald. in l. vltima, numero 3. in fine. C. de edict. diui Adrian. tollen. eleganter Guido Papæ, consil. 188. & decis. 355. & 629. Paris. consil. 24. numero 5. cum sequentibus, lib. 1. Alciatus, consil. 116. numero 5. Bursatus, consil. 376. numero 5. cum sequentibus, volumine 4. Beccius, consil. 77. numero 3. Surdus, consil. 183. numero 38. volumine 2. Caualcanus, decis. 28. numero 12. part. 3. Cabedo, decis. 172. numero 2. & 3.

part.1.& probant.l.iubemus nulli,14.§.vltimo. C. de sacrosanct.Eccles.& l.raptores,52.§.sin autẽ Diaconissa.C.de Episcopis & cleric.

Y como reside en la Yglesia la possession, de la misma manera reside en el mayorazgo, el qual la adquirio por medio del primero, para conseruarla a todos los que huuiessen de suceder: porque todos los contratos, y adquisiciones, que son vtiles al mayorazgo, se le adquieren a el, exemplo Ecclesiæ, quæ contrahere dicitur, quando Prælatus ritè contrahit, Baldus in capit.1.numero 5.& 12.qui successores feudum dare teneantur, Bartol. in l. 1. numero 5. C. de priuatis delict. Idipsum in possessore maioratus procedere inquit Peralta in l. 3. §. qui fideicommissam, numero 131.ff.de hæredibus instituend.vt dignitas maioratus videatur contrahere, quando possessor in ipsius vtilitatem contrahit. Et in terminis possesionis, quæ transfertur ex dicta l.45. Tauri, eandem legem interpretando, explicat Velazquez de Auendaño, ibidem glossa 6. numero 7.& 8.vbi numero 9.ex Bartol. & Tiraquel. dicit translationẽ possessionis ab ipsa dignitate in omnes successores in infinitũ perpetuam esse.

Nu. 195. Y la adquiere por medio del primero, para conseruar la para todos los successores.

Y de la misma suerte, que respeto del dominio, no es necessaria la aceptacion de los siguientes, porque basta la del primero: asi tambien sucede respeto de la possession que se transfiere por esta l. 45. de Toro, ex qua deducit ibi Velazquez de Auendaño, glossa quarta, numero quarto, absque vlla acceptatione sequentis successoris transferri in ipsum naturalem & ciuilem eiusdem legis possessionem, cum statim mortuo possessore ex legis prouidentia, & ministerio possessionis fiat translatio. Probat text. ibi: *Luego sin otro acto de aprehension, &c.* Ex qua etiam lege compertum est etiam in ignorantem huiusmodi possesionem transire. Antonius Gomez in l.45. Tauri, numero 111. paulò ante fin.versi. *Quar to in tantum*, Molina lib.3.capit.12.numero 24. & hos sequutus Matienço in l.8.glos.4.numero 2.titul.7. lib. 5. Recopilat. Molina, lib.3.capit.12.numero 24.

Num. 196. La possession del mayorazgo se passa en el successor sin aceptacion suya.

Possessio maioratus transit in successorem ignorantem.

Y por la misma ley 45. no obsta que doña Ana de Silua entrasse en la possession del Condado de Cifuentes: porque si a ella no le pertenecia, como pretendemos que no le perteneciò, esta possession intrusa no pudo perjudicar a la verdadera

Num. 197. No impidio la translacion de la possession en don Luys la actual de la vltima Condessa.

dadera, y cierta possession que passò en don Alonso de Silua, siendo legitimo: y no lo siendo, en don Luys Pacheco. In quo clara est decisio dictæ l. 45. ibi: *Aunque aya otro tomado la possession dellos en vida del tenedor, o el muerto, &c.* Vbi tradunt nostrates: y la razon desto es, quia possessio, cui ius non assistit, in nulla est consideratione. l. improba. 7. C. de acquirenda possessione, Ruinus cons. 28. num. 9. volum. 4. resoluit post alios Rota nouissima, decis. 163. part. 1. num. 1. cum sequentibus.

Nu. 198. Porque ya estaua passada la natural y ciuil en el verdadero sucessor, por el ministerio de la ley.

Quare non est obstaculo actualis possessio, quæ nullo iure munitur, y solamente se atiende la translacion de la ciuil, y natural que passa la ley en el verdadero sucessor. Atque ideo possessio intermedia per eum, qui successor non est, apprehensa, nullius est ponderis atque momenti: quoniam prius ab ipsamet defuncti morte operatio legis perficitur, & ipso iure transfertur possessio, cui sequens actus derogare non potest, vt considerat Couarru. lib. 3. variar. cap. 5. num. 6. versic. *At in hac specie*, Molina lib. 3. capit. 12. num. 18. Decius, consil. 84. *Excellentissimi*, num. 1. post medium, versic. *Vlterius circa hoc considerandum est* volum. 1. Ias. consil. 145. nu. 5. volum. 4. Et præter eos egregiè Baldus, consil. 454. *Quidam Ioannes*, num. 2. & 3. volum. 1. vbi ait, quòd quando statutum facit hæredem immediatum possessorem à morte defuncti, impossibile est, quòd alius in possessione concurrat: quia factum legis potentius est facto hominis: & magis immediatè operatur. Fulgos. consil. 230. num. 4. Nicolaus Bellon. consil. 35. num. 8. Guillielm Benedict. in capit. Raynuntius, verb. *Mortuo itaque testatore*, in 2. num. 72. versic. *Quinimo stante dicta consuetudine*: hoc ipsum voluit Marinus Freccia de subfeud. lib. 2. *titul. quis dicatur Comes*, num. 26. pagin. 106. vbi resoluit, eum non posse dici Comitem, neque Comitis dignitate gaudere, qui iure resistente possessionem ingressus est, sed illum huiusmodi dignitatis iura, & priuilegia retinere, qui à Comitatu expulsus est: quia non potest dignitas penes vnum consistere de facto, & penes alium de iure.

Factum legis potentius est facto hominis, & magis immediatè operatur.

Num. 199. La substituciō de la clausula 6. tiene tres calidades, que todas concurren en la señora doña Iuana.

Conforme a lo qual, auiēdo sido doña Ana de Silua intrusa, su possession no pudo subsistir en perjuyzio del verdadero sucessor, como lo fue don Luys Pacheco en vno de los dos casos referidos. Y auiendo sido posseedor don Luys, es por la clausula 6. inmediato, y claro el llamamiento de la señora

doña

doña Iuana Pacheco de Silua, su hija, por serlo del vltimo possecdor, por cuya muerte se atajò la linea de los varones en el sentido que se declarò en la explicacion de aquella clausula: y estamos en el caso de la limitacion de las substituciones continuadas de varones, porque tiene las calidades que requiriò el fundador, ibi: *La fija legitima natural mayor nacida de legitimo matrimonio del dicho varon, que ouiere heredado, &c.* Quæ substitutio tres continet qualitates: Prima, que sea hija legitima mayor del tal varon: Secunda, que aya nacido del inmediatamente, hoc est, que sea hija, y no nieta: Tertia, que este varon aya heredado el mayorazgo: Y estas tres calidades concurren en la señora doña Iuana, porque es hija legitima mayor: y es inmediata del primero grado: y su padre fue varon, en quiẽ passò el dominio, y possession del mayorazgo, y por el consiguiente sucedio en el. Vnde eo decedente virtute huius substitutionis dominæ Ioannæ iure est delata succesio, & in eam ab eo tempore tam dominium, quàm possesio legum beneficio, & ministerio fuit translata.

Num. 200. Oponese, que la vltima Condesa posseyo mas de 6. meses, y que no ha lugar el remedio de la tenuta.

Y auiendo passado en la señora doña Iuana la possesion ciuil, y natural deste mayorazgo, justamente ha intentado el remedio de la tenuta, sin embargo de lo que se le opone, que por no la auer intentado su padre, y don Alonso de Silua al tiempo que murio el vltimo Conde de Cifuentes, don Iuan de los Reyes, y auer entrado en la possesion doña Ana de Silua, por su muerte, y passadose los seys meses en que se auia de intentar este remedio cõtra ella, ya no se puede oy tratar del en el Consejo, sino que se ha de pedir en la Chancilleria por el possessorio ordinario, ò deduziendo alli la propiedad.

Num. 201. Respondese, que basta la vacante de la possesion actual por su muerte, para que se pueda intetar contra otro, aunq̃ no pudiera contra ella.

A lo qual se satisfaze, con que no se ha intentado la tenuta contra doña Ana de Silua, sino por su muerte, y en la vacante que sucedio de la injusta possesion actual, que como intrussa tuuo del dicho mayorazgo: y basta que vaque de hecho la possesion, sin que sea necessario que sea verdadero, y legitimo posseedor aquel por cuya muerte quedan los bienes vacantes: porque el remedio de la tenuta es sumario, y si los bienes estan vacantes, en todo tiempo se puede pedir, sin que corran los seys meses contra el que le pretende intentar: y luego como se ocupan por otro, empieçan à correr: y passados se adquiere al posseedor derecho de que no se pueda intentar contra el esta via sumaria, que induze este remedio de tenuta, como lo decia

de expressamente la l.9.tit.7.lib.5. Recopil.ad fin.ibi: *Y en caso que algun posseedor de mayorazgo falleciere, y el que preten de ser llamado al tal mayorazgo, tomò la possession del, y estuuiere en ella por medio año, y passado el dicho tiẽpo, otro viniere al nuestro Cõsejo pidiendola por virtud de la dicha ley de Toro, mandamos, que en tal caso no se de juez, ni se conozca dello en nuestro Consejo, sino que se remita a la dicha nuestra Audiencia.*

Num. 202. *La demanda de tenuta en el Consejo ha lugar por muerte de qualquiera posseedor, justo, ò injusto, por las palabras de la l.9.ibi:* Y algũ posseedor.

Demanera, q̃ por muerte de qualquier posseedor verdadero, ò intrusso, justo, ò injusto, se puede poner la demanda de tenuta en el Consejo: y el termino de los seys meses corre desde el dia que por la vacante del q̃ murio ocupò otro la possession justa, ò injustamente, probat tex. in d.l.9. in verbis supra expẽsis, ibi: *Y en caso q̃ algun posseedor de mayorazgo falleciere,* ponderãdo las palabras: *Algun posseedor,* quasi diceret tex. nihil interesse, vtrum possessor iure an iniuria possederit, vt satis sit possessionem bonũ quocunque modo de facto vocare: verbum enim, *Aliquis,* vniuersale est, glo. vlti. in c. si propter 10. de rescriptis, glo. verb. *Aliquos,* in c. quod clericis 9. de foro competenti, facit tex. in l.2.§.damni quid.ff. vi bonorum raptorum, & in l. si seruitus 22.ff. de seruitu. vrbanorũ prędiorum, & in l. si verò plures.5.§.prætor ait.ff. de his qui deiecerũt, vel effuder. & amplectitur omnes casus, & species illius rei, cui adijcitur, Geminian. consi.29.num.2. Socin. consi. 3. nu.10. versi. *Unde respondeo,* lib.3. Crauetà consi.294 num.3. in fine lib.2. plures congerit Tiraquel. in l. si vnquam. C. de reuocand. donationib. verb. *Omnia,* nu.41. & conferunt ea, quæ idẽ autor cumulat ibid. nu.14 Pedrocha, consi.39. num 51.

Num. 203. *La palabra,* Alguno, *comprehende lo propio, y lo impropio.*

Y ansi las palabras, *Algun posseedor,* tienen aptitud, y capacidad, para comprehender al justo, y al injusto posseedor: Prædicta enim dictio, *Aliquis,* eam habet naturam, vt tam ad proprium, quam ad improprium referatur, glos. verbo, *Contrariam partem,* clement. 1. de foro competen. Ias. in l. legitima, numer.7.ff. de pactis, & in l. qui filiabus. §. si quis ita numer.7. & 8.ff. de legat.1. Socinus consi.3. num.9. & 10. volum.3. Gratus consi.112. numer.20. & 21. lib.1. Barbatia consi.51. numer. 14. ad finem, volu.1. Bertrandus consi.13. nu.6. vol.2. eleganter Crauetà consi.294. num.3. in fine, & num.4. & 5. Mandel. Albensis consi.71. nu.11. lib.1. & consi.218. nu.31. lib.2. Pedrocha consi.36. nu.256. consi.39. num.52.

Auien-

Auiendo pues vsado la ley de la palabra vniuersal: *Algun posseedor:* para que por la muerte deste se pudiesse intentar el remedio de la tenuta, no restringio su decisiõ al posseedor justo, de que hablò la l.45. de Toro, que es aquel de quien passa la possession en el siguiente, sino que quiso que el termino fuesse vniuersal para comprehender el intrusso, y que la vacante por muerte deste diesse lugar a la tenuta. Nam qui iniuste possessionem occupauit, possessor vocatur, & ideò tanquam species sub signo illo vniuersali, *Algun*, comprehẽditur: quoniã possessor est, licèt iniustus, docet Paul. in l.3. §. ex contrario. ff. de acquiren. posses. ibi: *Quoniam in summa possessionis non multum interest, iustè quis, an iniustè possideat*, l. clam possidere. §. qui ad nundinas, l. quod seruus. ff. eodem titulo, l.2. & 3. ff. vti possidetis, cap. licet Episcopus 28. de præben. lib. 6. tradunt DD. in d. l.3. §. ex contrario, vbi Ias. num. 20. ita inquit: *Quinto nota, quòd iustitia, vel iniustitia possessionis significat qualitatem, non autem substantiam, vel speciem possessionis: qualitas enim non alterat speciem, vt est glossa penultima in. §. fin. institut. de iur. personarum, & in l. fin. §. quoties supra de publiciana. Bart. in l.1. in principio supra, eod. dum vult, corporalem possessionem esse tertiam speciem possessionis de perse. Nam ex quo corporalis dicitur iniusta, l. clam possidere. §. qui ad nundinas infra eodem, qualitas iniustitiæ non facit diuersam speciem possessionis, vt hoc text. Adde tamen, quòd aliquando iusta, vel iniusta capitur pro substantia, seu pro specie separata, l. si duo in prin. infra, vti possidetis, & l. quod seruus supra eodem*, prosequitur Bolognet. in repetitione d. §. ex contrario, nu. 7. cum sequentibus, Cuiat. lib. 9. obseruat. c. 32. & 33. Vaconius lib. 2. declarationum iuris, declaratione 39. & 40.

Num. 204. El posseedor injusto es posseedor, para que por su muerte aya lugar el remedio de la tenuta.

De donde se sigue: que auiendose de atender la vacante de qualquier posseedor justo, ò injusto, la que sucedio, por muerte de doña Ana de Silua, dio entrada a la introduciõ del remedio de la tenuta, sin que la prescripcion de los seys meses, q̃, respeto della, excluyò este remedio, pueda ser de consideraciõ: pues en cada vacante se puede intentar, y aq̃lla prescripciõ tuuo cũplido efeto, respeto de la persona de doña Ana, porq̃ contra ella passados los seys meses, no se pudiera intentar la tenuta: pero despues de su muerte, cõtra los q̃ hã ocupado la possessiõ, no auiendo ellos prescripto, se pudo justamente intentar.

Num. 205. La prescripcion de los 6. meses cõtra el remedio de la tenuta no aprouecha al successor.

Y que

Num. 206. Ponderase para esto las palabras de la l. 9. Y el q̃ pretẽdiere ser llamado al tal mayorazgo tomó la possessió del.

Y que esta ley no hiziesse diferencia para la vacante del justo, ò injusto posseedor, demas de las palabras que estan ponderadas, se confirma por las que se siguen: *Y el que pretẽdiere ser llamado al tal mayorazgo tomò la possession del.* Donde no puso el misterio, en que fuesse el inmediato, y verdadero sucessor, sino solo en que entrasse en la possession, pretendiendo ser llamado, cuya pretension no bastaua para hazerle justo posseedor: y como podia ser injusto, y no el llamado, ni el siguiẽte en grado, y le defiende la ley con el transcurso de los seys meses, para que contra el no se pueda intentar tenuta: euidentemẽte entendio que si este posseedor no fuesse el llamado, y muriesse passados los seys meses, esta fuesse vacante, para que se pudiesse introduzir el dicho remedio por su muerte.

Num. 207. La disposicion de la l. 9. tit. 9. li. 5. Recop. es diferente de la de la l. 45. de Toro.

Vnde huius legis decisio prorsus dissidet à dispositione, l. 45. Tauri: la qual no trata del tiẽpo en q̃ se ha de intẽtar la tenuta, sino solo como passa la possession en el siguiẽte en grado, ibi: *Muerto el tenedor del mayorazgo, luego sin otro acto de aprehẽsiõ, se traspasse la possession ciuil y natural en el siguiẽte en grado, que segun la disposiciõ del mayorazgo deuiere suceder en el, aunque aya otro tomado la possession de ellas en vida del tenedor del mayorazgo, ó el muerto: ó el dicho tenedor le aya dado la possession dellas.*

Esta ley siempre es cierta en el passo que ha de hazer la possession de vn sucessor verdadero, y legitimo en otro de la missma calidad, y esto se verifica, aunque vn tercero no llamado al mayorazgo tome la possession en vida, ò muerte del tenedor, y aunque la aya recebido del. Y de tal manera proucc la ley en el transito desta possession, quòd & si de facto vacet, de iure tamen non dicatur vacare possessio, neque etiam per momentũ sit in pendenti, sed ministerio legis in verum, & legitimum successorem transferatur, glo. verbo, Successeritis, in l. cum hæreditas. C. de deposito. DD. in l. cum hæredes. ff. de acquiren. possessione, & in l. si sorore. C. de iure deliberandi, qui resoluunt, quòd vbi datur continuatio possessionis, nunquã censetur hæreditas iacens, Tiraquel. in tract. *Le mort saisit*, p. 2. declaratione 6. nu. 10. Molin. lib. 3. c. 12. nu. 20. & 21. Y assi es fuerça dezir, que passa la possession en el legitimo sucessor, sin hazer consideracion, que otro aya tomado la possession.

Donde la ley trãsfiere la possession, nuca se tiene por vacante.

Vbi datur continuatio possessionis, numquã censetur hæreditas iacens.

Num. 208. Aun antes de la

In quo clara est, l. 45. Tauri, decisio, y aunque en estatutos semejãtes, que no passan a determinar el caso del tercero, como lo

lo determinò la ley de Toro, id fuit maxime cõtrouersum: inualuit tamẽ recepta illorũ sentẽtia, quòd quãdo cõsuetudine, vel statuto possessio morientis in hæredẽ cõtinuatur, possessionẽ occupãs medio tẽporis spatio nõ est in causa, ne statutũ illã trãsferat, Faber in §. sui, nu. 4. instit. de hæredũ qualitate, & diferentia, Bald. in rubri. nu. 12. de causa possessionis, & proprietatis, & consi. 454. *Quidam Ioannes*, nu. 2. in fin. & nu. 3. vol. 1. ibi: *Considera etiam, quòd cum statutum faciat hæredem possessorem immediatè, impossibile est, quòd soror in possessione concurrat: quia factũ legis potentius est facto hominis, & magis immediatè operatur, vt notat Innocent. extra de appella, præterea requisisti, & est impossibile, quòd duo possideant insolidum, vt ff. commodati, l. sicut certo. § si duobus vehiculũ.* Quæ verba repetit Decian. consi. 37. nu. 11. vol. 3. Tiraquel. in tract. *Le mort saisit*, p. 6. declaratione 4. nu. 4. declaratione 5. nu. 5. Guido decis. 356. Deci. consi. 84. nu. 1. versi. *Præterea tale testamentũ*, lib. 1. Ias. consi. 146. nu. 2. versi. *Nec dicatur*, vol. 4. Additio ad Alex. consi. 82. nu. 4. lib. 2. Paris. cõsi. 41. nu. 3. vol. 1. Cassan. consi. 19. nu. 49. Benedict. in c. Raynũtius, verb. mortuo, itaque testatore, nu. 72. Mencha. cõtrouersiarum illustriũ lib. 2. c. 57. nu. 19. vers. *Contrariam partem*, Peregri. de fideicõmis. arti. 47. nu. 14. & 15. Vbi optime distinguit, dissentiẽtes opiniones concilians, & d. nu. 15. vers. *Aut vero statutũ*, concludit, hanc sentẽtiã absque dubio procedere, quando statutũ immediatè inducit continuationẽ ante aditã hæreditatẽ: & addit multo magis id verius esse, quãdo statutũ prohibet per aliũ possessione appræhẽdi, ex Deci. cõsi. 467. n. 18. li. 2. Paris. cõsi. 41. n. 9. vol. 1. Tiraq. in tract. *Le mort saisit*, p. 5. declaratio. 3. n. 18. Id ipsum cõfirmat Riminal. cõsi. 56. n. 32. li. 1. vbi respõdit, omnes amaritudines cessare, si statutum non simpliciter loquatur, sed procedat vlterius disponendo, quòd possessio translata, & continuata intelligatur in hæredem, etiam si alius prius eam occupasset, como lo dispone la l. 45. de Toro, quã expendit Mẽcha. controuer. illustr. lib. 2. c. 57. nu. 20. Moli. li. 3. c. 12. nu. 17. & 18. Velazquez de Auenda. in d. l. 45. Tauri, glo. 9.

ley. 45. de Toro.

Num. 209. Por muerte del verdadero possedor passa la l. 45. la possession.

Y en quãto esta ley dize, q̃ aunque estẽ los bienes en tercero, passe la possessiõ, entiẽde q̃ ha de ser por muerte del verdadero posseedor del mayorazgo, y en fauor del legitimo sucessor despues del, haziẽdo la misma cõsideraciõ, q̃ si este posseyera los bienes actualmẽte al tiẽpo de su muerte. Y como por la l. 9. tit.

7 li.5. Recop. despues de los seys meses de la muertẽ del vltimo posseedor, no ha lugar la tenuta, tãpoco la puede auer cõtra el tercero, q̃ despues de la muerte del verdadero posseedor tuuo la possessiõ de los bienes los dichos seys meses, y si el posseedor de los bienes del mayorazgo no es legitimo sucessor, porq̃ ay otro delãte respeto del vltimo, y siguiẽte sucessor, siẽpre es tercero, y asi en fauor deste la dicha l.9. proueyò, q̃ como quiera q̃ huuiesse posseydo por seys meses, no fuesse inquietado en el juyzio de la tenuta, paraq̃ solo se le pudiesse pedir en el del possessorio plenario, y propiedad, q̃ no prohibio. Por lo qual quãto a los seys meses no se ha de hazer diferẽcia del justo, ò injusto posseedor, vtroq, enim casu nihil aliud expectari debet, quã lapsus sex mẽsiũ, quibus trãsactis super hoc possessorio aduersus possessorem iustum, vel iniustum non debet quæstio moueri, vt supra diximus, nu.202. cum seqq.

Num.210. El transcurso de los seys meses aprouecha a qualquiera poßeedor.

Vnde l.45. Tauri suã vim, ac potestatẽ vbique retinet, siue iudicio tenutę agatur, siue trãsactis sex mẽsibus possessorij plenarij, aut ꝓprietatis quęstio agitetur: por lo qual la l.9. no detrae, ni quita el efeto de la l.45. sino de tres remedios, que por esta se puedẽ intẽtar, induze prescripciõ por los seys meses del vno, q̃ es el de la tenuta: Y el posseedor por este tiẽpo esta escusado de respõder a la demãda, q̃ sobre ella se le pusiere, exẽplo tex. in l. 1. ff. de itinere actuque priuato, & in c.1. §. fin autẽ aliquis, si de inuestitura inter dñm, & vassallũ fuerit cõtrouersia, q̃ defiendẽ al posseedor, que estuuo vn año en la possession, de quo egit in specie Tiraquel. in tract. *Le mort saisit*, par.5. declaratione.3. nu.14. quem & alios refert, & sequitur Peregrin. de fideicommissis, arti.47. nu.32. fol.433.

Num.211. La l.9. no quita la translacion de la l.45. de Toro, sino que se prescriba vno de los remedios, que ay para entrar en la actual.

Qua ratione si decedat is, qui possessionẽ nõ iure captã retinuit, eã vtpote iniustã, & à lege Regia abhorrẽtẽ in aliũ trãsferre nõ valet, neque lex ei suũ prębet ministeriũ, seu beneficiũ, Moli. li.3. c.12. nu.17. rationẽ subijciẽs, ꝙ cũ possessio defuncti in successorẽ continuetur, seu transferatur, consequens est, vt ea possessio, quæ apud defunctũ non erat, non posit in successorem continuari, neque transferri, ex Tiraq. in tract. *Le mort saisit*. 3. p. declarat. 2. 3. 4. 5. & 6. & Grabiel. li.5. tit. de acquiren. possess. concl.9. nu.14 Etenim detẽtatio, quæ facto, nõ iure nititur, nõ est apta ad ciuiles effectus producẽdos, Anto. Gom. in l.45. Tauri, nu.117. ad fin. Quare cũ tertius, ad quẽ non spectat maioratus successio, ciuilẽ, ac naturalem possessionẽ nanciscatur

Num.212. El posseedor injusto del mayorazgo no transfiere la possessiõ por la l.45.

non

non possit, quã lex in verũ, legitimumque successorẽ transfert, perspicuũ est, eum nudã tantum facti detentationem habere, quia duo insolidũ non possunt eandẽ rẽ pòssidere, l. 3. §. ex contrario. ff. de acquiren. possess. in terminis Moli. lib. 3. c. 12. nu. 18. Y el q̃ tiene la detentaciõ, ò possessiõ natural tan solamẽte, no la puede passar en otro en virtud del statuto cõtinuatiuo de la possession: porq̃ no concurren las calidades de ser ciuil, y natural del posseedor legitimo, y q̃ en virtud de su propia substitucion aya entrado en la possession: naturalis enim possessio nõ potest continuari, & transferri, sed morte quidem soluitur, ex pluribus: in terminis resoluit Tiraq. in tract. *Le mort saisit*. 3. par. declaratio. 2. per totam, Sebastian. Medicis in tract. *Mors omnia soluit*, 2. p. conclu. 67. nu. 218.

Quæ possessio ciuilis, & naturalis Regię legis ministerio innixa de vno in aliũ successorẽ verũ, ac legitimũ trãsfertur, sin embargo de q̃ se ocupe por otros la possessiõ, y los verdaderos successores no entrẽ en la actual: porq̃ la ley es cierta, y siẽpre obra su efeto, y cõserua la possessiõ en la misma dignidad del mayorazgo para todos los successores, como la retiene la Iglesia para todos los Perlados q̃ vã sucediẽdo, vt ex plurib⁹ ꝓbat Velazq. de Auẽd. in l. 45. Taur. gl. 6. n. 8. & 9. & diximus sup. nu. 194. 195. *Num. 213. La possessiõ de la l. 45. siempre passa en el sucessor, aunque la actual este ocupada de otro.*

Y como el intrusso en el mayorazgo no dexa successor, ni passa de su persona el derecho que adquiere por el transcurso delos seys meses, muerto el, ninguno puede alegar la excepciõ de prescripcion, que no fue Real, ni passo de su persona: præscriptio enim vim pacti sortitur, l. si pupillus. 46. ad fi. versi. *Nã si vterque*. ff. de administrat. tutor. l. vlti. §. fin. ff. rem ratam haberi, Bald. nu. 3. Salicet. nu. 1. in fin. in l. 1. C. de seruituti. & aqua, idem Bald. consi. 315. *Ponitur, quòd antiquitus*, nu. 1. post medium, versi. *Item liberatio*, vol. 3. Balb. de præscriptionib. p. 1. q. 6. nu. 7. Crauc. cõsi. 10. nu. 11. vol. 1. Surd. decis. 3. nu. 23. decis. 236. n. 9. consi. 335. n. 29. consi. 353. n. 30. vol. 3. consi. 525. n. 24. cõsi. 556. n. 6. vol. 4. At pactum personas contrahentium non egreditur, & factũ cum vno alij nõ nocet, nec prodest, l. & hæredi. 22. §. fin. l. si vnus. 27. §. ante omnia. ff. de pactis, l. Imperatores. ff. de transactio. l. si actionem. 24. C. de pactis, vbi pactũ de non petendo factum aliquibus hæredibus nõ prodest alijs cohæredibus, & ibi obseruant DD. & in dictis iuribus, Alex. cõsi. 13. nu. 23. vol. 6. Crot. consi. 89. nu. 9. lib. 1. Ruyn. consi. 11. nu. 8. vol. 1. Ergo hæc præscriptio alij prodesse non potest. *Num. 214. La prescripciõ de los 6. meses al iniusto posseedor del mayorazgo no aprouecha a sus herederos, quia vim pacti obtinet.*

Idque

Num. 215. Y porque no cae mas que sobre la demanda de tenuta.

Idque comprobatur: porque esta prescripciõ no cae sobre la causa, ni bienes del mayorazgo, sino solo sobre el derecho de pedir por demanda de tenuta, en q̃ la ley solo tuuo respeto a la persona del posseedor, q̃ en cada vna de las vacãtes aprehẽdiesse la possessiõ: y ofreciẽdose otra vacãte, como es otro el posseedor, cõtra este se puede intẽtar la tenuta, antes q̃ prescriba, vt cõstat ex d.l.9.tit.7.lib.5. Recop. Y assi esta prescripciõ es personal, y no real: quia nõ potest in hæredes trãsire, pues no lo sõ, ni puedẽ ser del mayorazgo, ni se sucede al q̃ prescribio, mayormẽte al intrusso, ni es causa q̃ mira al mismo mayorazgo, y cõseruaciõ del, sino a la persona sola del posseedor: quo casu præscriptio nõ realis, sed p̃sonalis dicitur, vt singulariter distinguit, & considerat Bald.consi.24. *Subtiliter facta sunt*, nu.2. vol.4.

Num. 216. Y porque es como vn pacto de non petendo en fauor del posseedor.

Y como quiera que della nace vn pacto de non petendo por via de tenuta en fauor del posseedor, ea liberatio vni facta non prodest alij, l.si quis reum.6.l.non solum.9.§.tale legatum.l.fi. §.Titia in fin.ff.de liberatione legata, l.qui cum tutoribus.9.ff. de transactio.l.exceptiones.7.ff.de exceptio. Paris. consi.100. num.61.& 63.vol.1. Cephal.consi.317.num.15.vol.3. Mandel. Albensis consi.3.nu.13.vol 1.

Num. 217. Y porque es como excepcion de cosa juzgada, cuya causa no passa del que possee.

La qual prescripcion de no se poder pedir por via de tenuta, obra lo mismo quãto al posseedor, q̃ la excepciõ de cosa juzgada, como si en su fauor se huuiera juzgado, q̃ no auia lugar la tenuta: Nã exceptio præscriptionis litis finitę vim obtinet quãdo opponitur actioni, quã reus tẽpore peremptã esse cõtendit, l. omnes.4.ad fin.C.de præscrip.triginta, vel quadraginta anno. Bart.in l.vlt.nu.3.ff.pro suo, plures recẽset Bursat.cõsi.291.nu. 7.vol.3.Beroi.cõsi.15.n.33.cõsi.82.n.3.li.3. Lancel.Gallia.cõsi. 48.n.4. Magoni.Florẽt.decis.2.n.1. At exceptio rei iudicatę locũ non habet, quando sententia, ex eo quod postea accidit, reducitur ad nõ causã, l.2.ff.de cõditione furtiua, l.in cõmodato 17.§.vlt.ff.cõmodati.l.si à te.9.l.si is qui hæres.25.ff.de excep. rei iudicatæ, Bart.in l.& si sine, nu.1.ff.rem ratam haberi, Burgos de Paz consi.40.nu.18.latissimè Surd.cõsi.268.nu.14.cum pluribus seqq.vol.2.

Num. 218. Exceptio rei iudicatæ non obest, quando sententia reducitur ad non causam.

Y por la muerte del posseedor q̃ prescribio el derecho de no respõder a la demãda de tenuta, se reduze a no causa, pues por ella espirò la persona q̃ tenia este derecho, y no le pudo passar en otro, como esta dicho. Et in omni dispositione sub intelligitur clausula reb⁹ sic stãtibus, l.cõtinu⁹.137.§.cũ quis.ff.de verb.oblig.l.q̃ Seruius.8.ff.de cõdi.causa data.cũ alijs vulga-

Num. 219. In omni dispositione sub intelligitur rebus sic stantibus.

vulgatis, & in terminis præscriptionis, Bald. in cap. 1. §. si quis de manso, num. 12. de controuersia inuestituræ, ibi: *Item quia quando superuenit contraria ratio præteriti vsus, extinguitur vsus:* & hac ratione non obesse completam præscriptionem, resoluit Surd. decis. 236. num. 19 & 20.

Y assi lo ha determinado el Consejo, en el pleyto del Marques de Villanueua del Rio, con el Duque de Alcala, sobre las casas de san Iuan de la Palma de Seuilla: Y en el de Orellana, en fauor de don Garcia de Figueroa: y en otros. *Num. 220. Exemplares deste caso.*

De todo lo qual se infiere, que son diuersas las disposiciones de la ley 45. de Toro, y de la l. 9. titul. 7. lib. 5. recopilat. Por que esta ley en el lugar donde la hemos expendido, solo trata del tiempo en que se ha de pedir la tenuta, en cada vna de las vacantes, que se entiende por muerte del justo, ò injusto possecdor, como se ha prouado: y la l. 45. trata del transito de la possession: la qual retiene en si el mayorazgo, y la va passando en cada vno de los legitimos sucessores, vt diximus num. 194. & 195. Y quando el passo de la possession se aya de tomar del vltimo: por muerte del Conde de Cifuentes don Iuan de los Reyes, passò en don Luys Pacheco, si don Alonso Pacheco no es legitimo: y si es legitimo, passò en el: y luego como se ordenò de Epistola, por la clausula 54. passò en don Luys: porque qualquier caso, por el qual se haze incapaz el sucessor, se æquipara à la muerte natural, y por el se traspassa la possession en el siguiente en grado, Molina lib. 3. cap. 13. num. 15. ad finem: Mieres de maioratu, 2. part. quæst. 3. nu. 7. fo. 417. & 3. p. q. 3. per totam, fol. 441. tomo 10. tracta. part. 1. & hos sequutus Velazquez de Auendan. in l. 45. Taur. glossa 2. num. 9. Y en este caso està proueydo particularmente por el fundador, por la dicha clausula 54. en el memor. plana 139. linea 9. his verbis: *Y assimismo ordeno, que si alguna de las personas suso decladas, despues que ouieren alguna de las dichas villas, è logares, con todo lo que dicho es, ó alguna cosa, ò parte dello, se ordenare de orden sacra, é se fiziere persona professa de alguna religion, que por esse mismo fecho quiero, que passen cada vna de las dichas villas, è logares, è bienes que la tal persona touiere, a otra de las personas suso dichas, por la orden è forma por mi suso dadas, è declaradas, assi como si la tal persona que se ordenare, é fiziere profession en alguna religion, muriesse de muerte natural.*

Num. 221. Las disposiciones de la ley 9. y de la l. 45. de Toro, son diferentes.

Num. 222. En el caso de la incapacidad de don Alonso, ha lugar la translaciō de la possessiō por derecho.

Num. 223. Y por prouision particular de la clausula 54.

PARS TERTIA.

Num. 224. Diuiſion de la 3. parte, q̄ trata de la excluſiō de los demas pretenſores.

ESTA Parte contiene tres miembros. El primero, la excluſion del Duque de Paſtrana, y Conde de Salinas. El ſegundo, la de don Alonſo de Silua, doña Mariana, y doña Catalina de Silua, ſus hermanas. El tercero, la de don Pedro Giron.

Excluſion del Duque de Paſtrana, y Conde de Salinas.

Num. 225. Excluſiō del Duque de Paſtrana, y Conde de Salinas.

DOs ſon los articulos deſta excluſion.

El primero, que eſte mayorazgo es de agnacion, y cōtiene diſpoſicion irregular, en que no ſe incluyen el Duque, y Conde.

El ſegundo toca à ſolo el Conde de Salinas, excluyendo la pretenſion que tiene, de auer tomado la poſſeſsion con licencia de los frayles de ſan Bartolome de Lupiana, y auer hecho las eſcrituras ante ellos.

PRIOR ARTICVLVS.

Que eſte mayorazgo es de agnacion; y contiene diſpoſicion irregular, en que no ſe incluyen el Duque de Paſtrana, y Conde de Salinas.

Num. 226. Y porque medios ſe prueua.

PARA Moſtrar eſto, ſe fundara lo primero, que eſte es mayorazgo de agnacion, aſsi por los llamamientos cōtinuados de varones, como por la excluſion de las hēbras. Lo ſegundo, que como eſtan excluydas las hembras, tambien lo eſtan los varones dellas, en competencia de los agnatos. Lo tercero, ſe reſpondera a las opoſiciones contrarias, moſtrando que no pueden ſuceder el Duque de Paſtrana, y

Conde

Conde de Salinas, por derecho de linea, y disposicion regular. Y que en este caso no ha lugar el conf.21. de Oldrado. Y que los varones de hembras no tienen llamamiento entre los varones de varones de la descendencia de don Alonso, ni por la propiedad de las palabras, ni por las desta deposicion. Y que doña Catalina de Silua, de quien descienden, no tiene llamamiento en la clausula 30. Y que aunque le tuuiera, no pueden suceder, por no ser varones inmediatos de hembras.

Que este mayorazgo es de agnacion.

EL Duque de Pastrana pone la vacante deste mayorazgo, en la persona de doña Ana de Silua, hermana del vltimo Conde de Cifuentes: Y dize, que a el como mas cercano à la vltima posseedora en linea, y grado, le pertenece la sucesion, como à hijo don Rodrigo de Silua, y nieto de doña Ana de Mendoça, y bisnieto de doña Catalina de Silua, que fue hija de don Feroando de Silua, quarto Conde de Cifuentes: pretendiendo, que este mayorazgo es regular, y que se ha de suceder en el regularmente. *Num. 227. El Duque, y Conde pretēden, que es mayorazgo regular: y no es sinò irrègular.*

Y esta misma pretension tiene el Conde de Salinas, aunque entre el, y su sobrino se compite la sucesion por otras cabeças.

Y si el mayorazgo fuera regular, esta pretension no podia tener duda: pero es irregular, y la sucesion del se defiere por la voluntad del fundador, que dio contraria, y diferente orden en el modo de la sucesion, como se aduirtio en el discurso de la explicacion de las clausulas: Y aunque de alli resulta implicita exclusion del Duque, y Conde de Salinas; pero es necessario descender a otros particulares, haziendo presupuesto de lo que en la glossa se dixo.

Y si este mayorazgo es de agnacion, como pretendemos, claro està que el Duque de Pastrana, y Conde de Salinas, no pueden suceder por los fundamentos de que se valen: porque la verdadera vacante deste mayorazgo, no fue por muerte de doña Ana de Silua, sino por la de don Iuan de los Reyes, vltimo Conde de Cifuentes, y del passò en el vltimo agnato, que fue don Alonso de Silua, siendo legitimo: el qual luego como se ordenò de *Num. 228. Siendo este mayorazgo de agnacion, no tendran derecho el Duque, ni el Conde.*

Epistola,

Epistola, dio lugar a otra vacante, que fue la vltima: y de alli, ni del dicho Conde de Cifuentes, en caso que no pudiera suceder don Alonso, por ser ilegitimo, no pudo boluer la sucessiõ al Duque de Pastrana, y Conde de Salinas: porque esta llamado inmediatamente don Luys Pacheco, y despues la señora doña Iuana Pacheco de Silua su hija, como se fundò en su inclusion. Por lo qual es necessario prouar por vno de los fundamentos desta exclusion, que este mayorazgo es de agnacion.

Num 229. Dos maneras ay de agnacion, expressa, y tacita.

De dos maneras puede ser vn mayorazgo de agnacion. La vna expressa, quando el testador lo dixo expressamente. La otra, quando no hizo mencion de la palabra, *agnacion*: pero del discurso de su disposiciõ se infiere por necessaria cõsequencia, que tuuo consideracion a ella: y este es el caso en que estamos.

Num 230. La tacita se induze por dos medios, por llamamiento de varones, y por exclusion de hembras.

Dos medios hallan los autores para prouar esta virtual cõsideracion de agnacion. El vno, los llamamientos continuados de varones. El otro, la exclusion de las hembras. Y cada vno destos dizen que es eficaz y bastante para introduzirla por necessidad de la disposicion, y voluntad del fundador: porque no se puede aplicar el entendimiento à otro intento, sino a la conseruacion de la agnacion.

Primero medio, por donde se muestra ser este mayorazgo de agnacion.

Num. 231. En este mayorazgo ay llamamiento continuado de varones en la clausula 2. y en la 29.

ESTE Se prueua por la clausula 2. y 29. Y conuiene aqui presuponer, que desde la tercera, hasta la septima, no trata el fundador de la agnacion, sino de la cognacion, en falta de los agnatos. Y porque le parecio, que en la segunda no auia estendido tanto su concepto, quanto era su voluntad: en la 29. vino à declarar lo que dexaua dispuesto en la segunda: Y en consequencia desto, en la 30. y 31. declarò lo que dexaua dispuesto desde la 3. hasta la 7. Que estas son las clausulas desta disposicion, sin que las intermedias puedan ofender el intento y voluntad, que està tan clara, de las dichas clausulas, como se prouo en el discurso, y glossa dellas.

Para el fundamento de los llamamientos continuados de varones, se supone, que el fundador del mayorazgo fue varõ, y el

y el heredero instituydo, y primero llamado à la sucession fue don Alfonso de Silua su hijo mayor varõ, como lo dize la clausula.1. Despues en la 2. està substituydo a don Alfonso su hijo varon mayor, y tras este su hijo varon mayor. Y no solo estã cõtiuados estos tres varones, sino que en 4. lugar el fundador llamò todos los descendientes varones de don Alfonso, por regla general, ibi: *E assi sucessiuamente de vno en otro, todauia para el fijo mayor legitimo varon nacido de legitimo matrimonio, que descendiere de la linea derecha de los fijos varones legitimos*, en que no solo ay quatro llamamientos de varones, sino que in infinitum estan llamados todos todos los varones agnatos descendientes de don Alfonso.

Esta misma orden sigue la clausula 29. en la cõtinuacion de varones: porque despues de D. Alfonso, està substituydo su hijo varon mayor, y despues del, todos los hijos varones mayores de todos los descendientes varones: y en siguiente lugar el hijo segundo varon de don Alfonso, y luego el hijo varon mayor deste, y los varones descendientes del: y concluye con vna regla general, que comprehende todos los descendientes varones agnatos in infinitum de D. Alfonso, por aquellas palabras: *E assi por esta orden, e forma, e manera sucessiuamẽte en todos los sus fijos e descendientes dellos, todauia el fijo varon mayor legitimo e natural nacido de legitimo matrimonio, &c.*

Dos questiones se controuierten en este punto. La vna, vtrum masculorum appellatione veniant masculi ex fœminis. Otra, quando masculorum mentio non est simpliciter facta, sino que tiene otras mas particulares calidades. En la primera està la duda, y contrariedad de opiniones. En la segunda, que es quando los llamamientos de varones son continuados, se consideran tres casos. El primero, quando la instituydora es hẽbra. El segundo, quãdo lo es la que se llamò en primero lugar. En estas dos tambien ay controuersia. En el tercero no la ay, que es quando el instituydor es varon, y el llamado en primer lugar lo es ansimismo, y se continuan otros llamamientos de varones, que es el caso de que tratamos. *Num. 232 Aunque ay diferentes casos de llamamientos de varones, en que ay disputa sobre si son de agnaciõ, en el continuado de varones no la ay.*

Por esta disposicion se cõtinuaron los llamamiẽtos de varones agnatos, sin q̃ en tãto q̃ estos durassen, se interpusiesse hẽbra, ni hija de hẽbra, como cõsta de la clausula. 2. y 29. q̃ tienen los dichos llamamiẽtos, hasta q̃ el fundador por la clausula 3.

con las siguientes hasta la 7.y la 30. y 31. necessitate cõpulsus admitio hembras,para llamar varones cognatos.

Num. 233. Autores que tienen esta conclusion *Ricardus de Malubris. Ioannes Andre.*

Fundado en la continuacion de llamamiẽto de agnatos,defendio esta parte Ricardo de Malũbré, quẽ refert & sequitur Ioan.Andr.in addition.ad Speculatorẽ, de testam.in rubrica, col.3.vers. *Sub hoc titulo*,dõde la substitucion hecha en fauor de vno,y de sus descendiẽtes varones,la entiẽde delos varones de varones,vt masculus ex fœmina sub ea nõ cõprehendatur: y dize,q̃ à los argumẽtos cõtrarios se satisfaze, quia illis voluntas testatoris præponitur, qui nõ admittẽdo fœminas, descẽdẽtes ex eis similiter excludere voluit:& cũ manifestus sit sensus testatoris,verborũ interpretatio preualere nõ potest.l.3. C. de liber. præterit. vbi glo.verb. *interpretatio*, hãc doctrinam tuentur Matesila.singul.129. *Nota vnũ dictũ*. Socin.nu.8. cũ seqq.Ias.nu.17.& 18.in.l.Gallus.§.nũc de lege Velleia.ff. de liber.& posth.Frãcis. Marcus decis.546.n.21.p.1.Decia.cõs.127. nu.15.cũ seqq.vol.3.Menoch.cõsi.172.nu.12.vol.2. cõsi. 400. nu.43.vol.4.Surd.cõsil.316.nu.6.vol.3.Peregrin.de fideicommissis,art.26.nu.15.

Num. 234. Speculator.

Idipsum in cõcessione emphiteusis agnouit Speculator de locato.§.nũc aliqua,n.173.& resoluit,quòd si quis recipit emphiteusim pro se,& suis descendẽtibus masculis,intelligitur limitatè recepisse solũ pro masculis ex masculis,nõ verò pro masculis ex fœminis:pulchrè Paul.consi.190. *Nouiter reuocatur in dubiũ*,nu.2.&.3.lib.2.& in.l.Gallus.§.nunc de lege Velleia.nu. 6.ff.de liber.& posthu.rationẽ subijciens, quia mater nepotis nõ admitteretur,si viueret, ergo nec nepos ex ea debet admitti,ne sit melioris cõditionis nepos,quã mater:contra text.in.l. si viua matre.3.C.de bonis maternis,& in cap.1.§.hoc autẽ notandũ,qui feud.dar.poss.Alex.in.d.§.nũc de lege Velleia.nu.3. ad fin.vers. *Quod autem* vbi Aretin.nu.52.col.pen.vers. *Sed annectit hic Paulus de Castro*,vbi & alij,Frãcis.Marc.decis.546. nu.21.par.1.Menoch.cons.172.nu.8.vol.2.consil.400. nu.45. lib.4.Peregrin.de fideicommis.artic.26.nu.8.

Num. 235. Baldus, Matesilanus.

Eiusdẽ fuit sentẽtiæ Bald.cons.40. *Quidã magnus nobilis*, libro.3.qui agit de masculis in cõditione positis,& eleganter loqui, ter loquitur,quẽ sequitur Matesila.singul.129. *Nota vnum dictũ*,dõde dize,q̃ el,y Antonio de Butrio,y Floriano,acõsejarõ en el mismo caso q̃ Baldo: nẽpe, q̃ el testador instituyò por su heredero a vn hermano suyo,y si muriesse sin descẽdientes varones,

rones, substituyò otro hermano, y à falta dellos à su propria hija: y resoluierō, q̄ el nieto varō de la hija del hermano, no excluye à la hija substituta: porq̄ si la hija de los hermanos primero llamados no la excluyera estando en vn grado mas propinqua, menos la ha de excluyr el hijo desta, q̄ està vn grado mas remoto: y el cōsejo de Anto. de Butr. q̄ refiere Matesilano, es el 47. qui resoluūt, quòd quāuis masculus ex fœmina veniat sub simplici appellatione liberorū, seu descendētium, como tābiē la misma hēbra: pero si el llamamiēto es calificado de descendiētes varones ex mēte disponētis, no vienē los de hēbra, Corne. cons. 124. n. 14. lib. 1. Ruin. cōs. 18 lib. 3. Craue. cons. 22. nu. 10. lib. 1. Natta cōs. 87. n. 6. lib. 1. Tiraq. de iure primoge. q. 12. n. 12. q. 13. n. 6. Menoch. cons. 172. n. 12. lib. 2. cōsil. 400. n. 43. vol. 4. Surd. cōsi. 316. n. 6. vol. 3. Peregr. de fideicōmis. artic. 26. n. 18.

Huc etiā pertinet Soci. Iun. cōs. 69. lib. 3. dōde se ofrecio este caso, q̄ el testador instituyo a su hijo varō, y à sus descēdiētes in infinitū, à los quales substituyò sus nietos, hijos de su hijo, y sus descēdientes varones: faltarō al hijo primero llamado los dscēdientes varones de varones, pero auia quedado dellos vn varō de hēbra, el qual pretēdia, q̄ por ser el varon, aunq̄ de hēbra, impedia verificarse la condicion de falta de varones del primer llamado, debaxo de la qual estauan llamados los nietos de la hija, aconsejò por los substitutos nietos de la hija, aunque eran descendientes de hembra, contra el varon de la hembra del primer llamado, diziendo, que la condicion de descendientes varones, se auia de entender de varones de varones, y no de los varones de hembras: porque asi como la madre no tenia derecho de preferirse al substituto, tampoco el hijo. *Num. 236. Socinus Iunior.*

Tambien tuuo esta opinion, y aconsejò por ella Menochio cons. 400. per totum, lib. 4. donde por muchos fundamentos, tiene contra los varones de hembras, que en los casos en que no suceden sus madres, ora sea en feudos, ò emphiteosis, ora en fideicomissos, no suceden ellos, ni por las personas de sus madres, ni por las suyas proprias. *Num. 237. Menochius.*

Vltimamente en mas fuertes terminos lo resuelue Pedro Surdo cons. 316. *Superioribus diebus*, lib. 3. En cuyo caso el testador, como en el nuestro, fue padre, y fundò el fideicomisso en vn hijo varon, despues del qual llamò à sus descendientes varones, y à falta dellos vna hija, y los suyos: sucedio que en el discurso de la sucesion, en la linea del primer hijo llamado, falta *Num. 238. Surdus.*

rō los varones de varones, y quedò vn varō de hēbra: entre el qual, y vn decēdiēte dela hija, se mouio pleyto, pretēdiēdo el des- cēdiētes de la hija, q̄ auia llegado el caso de su llamamiēto, por auer faltado en la linea del hijo varones de varones: el varō de la hēbra del hijo del primer llamado se defendia cō q̄el llamamiēto no dezia varones de varones, sino descēdiētes varones, y q̄ estas palabras le cōueniā à el, porq̄ era descēdiēte y varō, resuelue Surdo, q̄ el llamamiēto de descēdiētes varones, se entendio de solos varones de varones, y q̄ el varō de hēbra no se cōprehēdio en el, y q̄ llegò el caso de la substituciō dela hija, y cō autoridades, y razones, lo defiēde estēdidamēte, y respōde muy à proposito deste pleyto à todos los fundamentos contrarios.

Num. 239. Y los autores de tratados.

Y esta cōclusiō, por la qual hā aconsejado los autores referidos, q̄ el llamamiēto de varones, se entiēde de varones de varones, y no de hēbras, la ponē por regla todos los q̄ escriuē tratados, q̄ aunq̄ aliàs la propriedad delas palabras era apta para cōprehēder no solo varones de varones, sino varones de hēbras, y q̄ siguiēdo la propriedad pudierā hazer regla, y no la hazē: porq̄ los mueue mas el sentido, è intēto del testador, q̄ la estrecha propriedad de las palabras: y asi Molin. lib. 3. c. 5. nu. 45. en la cōclusiō. 6. q̄ haze en esta materia, para juzgar los llamamientos, y sucesiones, y las cōpetencias de varones y hēbras, siguiēdo à Ricardo, y Iuā Andre. y alegado muchos autores, pone esta regla, q̄ quādo en alguna disposiciō se llamā hijos, ò descendiētes varones, ea dispositio de masculis descendētibus ex masculis, non autem de masculis, qui à fœminis descendunt, intelligenda est.

Molina.

Num. 240. Peregrinus.

La misma cōclusiō y regla puso Pereg. de fideicōm. art. 26. n. 15. siguiēdo à Iuā Andres, dōde dize, q̄ la siguē comūmente los DD. y q̄ ninguno discrepa della: y añade, q̄ no tiene dificultad, quādo el testador es varō, y la mēciō de varones no se pone simpliciter in cōditione, para q̄ à falta dellos se extinga el fideicōmisso, sino dispositiuamēte, para q̄ sucedā, q̄ entonces el llamamiēto del hijo, y de los descēdiētes varones del, se entiēde precisamēte de varones, para q̄ por ellos se continue la sucesiō.

Num. 241. Mantica.

Y la misma conclusion, y regla, puso, y siguio Mantica, de coniecturis vltimarum voluntatum, libro. 11. titulo. 15. el qual refiere auerlo aconsejado copiosamente Puteo, inter consilia vltimarum voluntatum, consilio. 107. con los siguientes.

Y la razon desta conclusion ponen todos;nempe, que el te stador que siendo varon fundò el mayorazgo en su hijo varon,y despues del llamò sus descendientes varones, se presume que hizo esta prelacion y llamamiento, para conseruar la agnacion,aunque especialmente el no expressasse este motiuo,como lo afirman todos los autores referidos, especialmēte Iuan Andres,refiriendo a Iacobo de Arenis in additionibus ad Speculatorem,tit.de success.ab intestato.vers. *Est sciēdum*. Y el mismo Iuan Andres in eisdem additionibus ad Speculatorem in rubric.de testament. ad finem, que es la dotrina de Ricardo de Malumbre,que està referida, a quien han seguido los dichos autores,y sin ellos otros muchos, entre los quales Parisius,cons.57.num.10.lib.2.Cephalus, cons.251. num.49. lib.2.que fue en el Ducado de Alburquerque. Y esta ha sido, y es comun,y canonizada opinion, de que tambien Molina ha ze regla,lib.3.cap.5.num.25.versic.*secunda conclusio*. Y sigue la Peregrino de fideicommissis,dict.artic.26. num.15. Mantica lib.11.d.tit.15.nu.3.& 4. Simon de Prætis de interpret. vltimarum voluntatum, lib. 3. interpretat.3. dubitat. 1. solut. 11. fol.147.

Num. 242. Y es la razon, que siēdo el fundador varon, y el instituydo, y los substituydos varones; se presume, q̄ elò hizo para conseruar agnacion.

Que la controuersia entre los Doctores en esta materia es, quādo se ofrece prouable duda, y la puede auer sobre si el fundador quiso conseruar su agnaciō, como quādo siendo el varon,le fundò en su hija hembra, y llamò a los descendientes varones della:in quo dubium suboritur,ex eo quod inter testatorem,& eos,qui ad succesionem inuitati sunt, nulla est agnatio:y de aqui los que tienen la opinion contraria, dizē, que como entre ellos no ay agnacion,ea non fuit considerata,sed nuda masculinitas: Molina lib.3.cap.5. num. 48. Mantica dicto lib.11.tit.15.num.4.vers.*secundo*. Peregrin. de fideicommiss.artic.26.num.17.& 19.Y lo mismo es, quando es hembra quien le funda,Mantica,& Peregrin.supra.

Num. 243. Quando el fundador es hembra, ò funda en hembra, y llama varones; es la duda si quiso conseruar agnacion.

Y sin embargo de ser esto asi, han tenido lo cōtrario muchos autores en el mismo caso,videlicet,que en la substituciō y llamamiento de varones,no vienen los de hembra, sino que toda via ay consideracion de agnacion en la linea derecha de los varones,que es la que ellos tienen,y conseruan entre si, cō otros fundamentos,que para esto cumulan, Capra, consil.18. Guido Papæ,cons.26.num.6.& 7.Gratus,cons.120.per totum, lib.2. Menoch.cons.172.vol.2.Cephal.cons.581.lib.4.Gabriel cons.

Num. 244. Y ay muchos autores, que tienen que tambiē la ay en este caso.

cons.116.lib.2.Decian.consil.127.lib.3.Peregrin. de fideicō-missi.artic.26.num.19.

Y huuo sentencia en esta conformidad contra Mātica.

Y aunque Mantica en este caso aconsejò por los varones de hembras, dict.lib.8.tit.18.nu.11. cum sequentib. donde va respondiendo a los fundamentos de Menochio y Cephalo: pero en aquel caso se sentenciò contra Mantica, y en fauor de lo que acōsejaron Menochio, Cephalo, y Peregrino: y huuo dos sentencias cōformes, las quales se executarō, vt refert idē Menoch.cons.315.nu.41.vol.4. Idem testatur Pereg.dict.art.26. nu.19. & prædictas sententias fuisse confirmatas Venetijs in Senatu quadraginta iudicum.

Num. 245. La consideracion de agnacion tacita, tiene la mismafuerça que la expressa.

Demanera, que lo mismo es continuar llamamientos de varones para la cōseruacion de agnacion, q̄ si expressamente se hiziera mēcion della: Nā omnes, quorū supra meminimus, concordi voto in ea sunt sententia, vt tacitā, de qua agimus, agnationis rationē expressæ parem esse censeant; tunc autē tacita, & subintellecta agnationis ratio expressæ naturam induit, & in omnibus eiusdem cōditionem, & qualitatē sortitur, quādo nulla alia ratio reddi potest: quod cum ita contingit, perinde est, ac si testator, se agnationem considerasse, & animum in eam direxisse expresis verbis manifestauerit.

Num. 246. Testator, qui masculos præfert fœminis, dicitur habuisse rationē conseruandæ agnationis.

Y que en nuestro caso no se pueda dar otra razō, sino la de la conseruacion de agnacion, cōstat ex cōtinuatis vocationibus agnatorū, iuxta supra adducta, nu.242. cum sequentibus: semper enim testator dicitur habuisse rationē conseruādæ agnationis, quādo masculos fœminis præfert, Rimin. cōs.23.nu. 83.vol.1.vbi quāplures recensendo de cōmuni opinione attestatur, & n.85.subdit, satesse, quòd masculos dispositiuè vocauerit, Menoch.de præsumpt.lib.4.præsumpt.71.nu.35.cum sequentib. latè Marius Anguisola, consil.122.nu.30. vers. *Quod autem*, cum multis sequentibus, vol.1.cōmunem etiam profitetur Cephal.cōsil.135.nu.12.lib.1. Plures pro vtraque opinione refert Simon de Prætis de interpretat.vltimarum voluntatum, lib.3.interpret.3.dubitat.1.solut.11.fol.147. Vbi in principio distinguit, quòd in masculo disponente de masculis dicitur habitaratio agnationis cōseruandæ: in fœmina verò dicitur habita ratio masculinitatis conseruādæ: & nu.3.dicit, quòd aliquando est expressa, quia exprimitur: & nu.4. vers. *Tacita verò*, cum sequentibus, affirmat, quòd dicitur tacita, quando soli masculi vocantur, & ex ea inducitur fideicōmissum: & nu.

5.ex

5.ex pluribus,inquit,eã esse cõmunem opinionẽ:& nu.6.vers. *Quoniã pro responsione*,dicit cõmunem,&magis communẽ tam in dispositione hominis,quã statuti,masculos tantũ vocãtis.Y asi no puede tener oy duda esta conclusion,especialmẽte en España,dõde no es vulgar el nombre de agnaciõ, ni los testadores saben,q̃ para declarar su concepto en la conseruacion de agnacion sea necessario,mas q̃ llamar siẽpre varones.

Y mas en España

Num.247.
Ratio tacita, & expressa conseruãdæ agnationis idẽ operatur.

Y no hazen los autores diferencia entre la expressa, y tacita agnaciõ:quia ratio agnationis cõseruãdæ, siue ea sit expressa, siue tacita,promanans ex vocatione masculorum, idem operatur,Paul.in l.si vero.§.de viro,nu.2.&3.ff.solut. matrim.Albert.Brun.de statutis excludentibus fœminas, art.3. nu.15.cũ sequentib.tom.2.tractat.fol.168.Gozadin.cons.59.nu.15.Socinus Iun.consil.181.nu.36.vol.2. Atque ex ea fideicõmissum extenditur,etiã de casu ad casum:vt respondit Rimin.dict.cõs. 23.nu.90.&91.& nu.92.vbi probat tacitam, sicut expressam rationem agnationis vigere,etiam ad declarandum,& ampliãdum fideicommissum perpetuũ,latè Surd.consil.443.nu.19.& 20.& nu.23.vers. *Idẽ erit*,vol.3.Honded.consil.1.nu.6.lib.1.dicit communem Paris. consil.90. nu.15. & 16. lib.2. vbi multo magis id verũ esse contendit,quando masculinitas est geminata,& nu.24.communi voto receptum tradit Decius,cons.545 *Viso testamento*,nu.6.vers. *Nã dum testator*, & cõsil.574. *In causa*,nu.5.vol.2.Decian.consil.31.nu.96.cum sequentib.lib. 1.vbi nu.99.addit,hanc esse communem sententiam.

Et ex ea fit extensio de casu ad casum.

Proponense dos argumentos contra lo que està dicho.

Num.248.
Dos argumẽtos cõtra la agnacion, por llamamiento de hembras.

CONtra ea quæ dicta sunt,duobus argumẽtis nitũtur aduersarij.El primero es,que estan llamadas hembras.El segundo,que no estan llamados todos los descendientes varones de varones del fundador:antes que ellas y que por qualquiera destas dos razones cessa la cõtẽplaciõ de agnaciõ.

Respondese al primer argumento.

Num.249.
Respondese al primero, q̃ no quita la agnacion auer llamado hembras

NO se excluye la cõsideraciõ de agnaciõ, con q̃ el fundador llamò hẽbras en algunas clausulas desta disposicion: porq̃ quando vio q̃ faltauan los descendientes agnatos de dõ Alfonso,aduirtiẽdo a la perpetuydad del mayorazgo, llamò hẽbras, y sus

despues de los varones, en los grados que estan llamados.

y sus hijos varones, en la forma que se aduirtio en la explicacion de las clausulas. Por lo qual no se quita la contemplacion de agnacion: nam in hac materia vera resolutio est, quòd in ea substitutione, in qua fœminæ sunt substitutæ, & earum descendentes vocati, non censetur habita agnationis ratio, sed in illis tantum substitutionibus agnatio animaduertitur, in quibus masculi tantum descendentes ex masculis instituti, vel substituti ad successionem fuerunt inuitati: quæ dicitur non generalis, sed specialis agnatio, in eis solummodo personis, seu gradibus contemplata, in quibus masculi ex masculis vocantur. Decius, consil. 370. num. 3. vers. *Sed venio ad secundum casum*. Paris. consil. 44. num. 16. consil. 54. num. 34. lib. 2. Cephal. consil. 251. num. 48. cum sequentibus, lib. 2. Hondedeus, consil. 8. num. 58. volum. 1. consil. 56. num. 32. volum. 2. Surdus, consil. 443. num. 41. cum sequentibus, ad finem, volum. 3. consil. 475. num. 15. cum sequentibus, volum. 4. Albertus Brunus in tractatu, *Quod stantibus masculis fœminæ non succedant*, art. 3. num. 19. Peregrinus de fideicommissis, artic. 25. num. 26. & alij inferius citandi.

Num. 250. Y esta se dize consideracion de agnacion special: Y autores que lo tienen.

Et ratio est, porque el llamamiento de hembras, es subsidario para suplir la falta de agnatos: quod nihil detrahit considerationi, quam ad conseruandam agnationem habuit testator, præsertim animaduersa perpetuitate in maioratibus contemplata, vt aduertit Mieres de maioratu part. 2. quæst. 6. nu. 42. & 65. sentit Ruinus, consil. 92. num. 9. lib. 2. eleganter Gerardus Mazolus, consil. 6. num. 9. & iuxta nostri casus speciem, preter eos, quos proximè retulimus, respondit Surdus consil. 316. volum. 3. præsertim num. 13. vers. *Et quanuis*, & num. 14. in illis verbis: *Et quanuis testator in defectum masculorũ vocauerit fœminas, non tamẽ per hoc negari potest, quin suæ agnationi prospicere voluerit: quia donec extant masculi ex Alexandro filio, voluit eos succedere, & excludere fœminas, atque ita suam agnationem voluit in suis descendentibus cõseruare: cessante autem sua linea masculina, tunc fœminas à se, & filijs descendentes prætulit fratribus. Bene verum est, quod non prospexit ad vniuersam agnationem, sed solum ad suam lineam: & non est mirum, nec nouum, quòd in vno casu statutum admittat fœminas, & in alijs agnationem consideret: vt optimè declarat Socinus Junior in consil. 23. num. 35. volum. 1. vbi fortius loquitur, quando fœminæ fuerunt in dispositione*

Num. 251. Y es la razon, porque el llamamiẽto de hembras, es subsidiario, y no quita la consideracion de agnacion en los demas grados.

positione primo loco vocatæ, cum tamen in facto nostro sint exclusæ, donec extabunt masculi. Sed magis propriè idem Socinus in cons. 158. num. 42. in secundo volumine, vbi dicit, quod & si testator fœminas admittat, deficientibus masculis descendentibus, per hoc non tollitur, quin inter descendentes voluerit conseruare agnationem, & repetit in cons. 116. num. 10. volum. 3. & quod ratio agnationis habita sit, quando fœminæ substituuntur in defectum masculorum, tenuit Rubeus cons. 22. num. 10. & clarius, cons. 35. num. 4.

Y en los mayorazgos de nuestro Reyno lo resoluieron assi Gregor. gloss. 2. colum. 7. quæst. 21. vers. *& procedit*, in l. 3. titul. 13. part. 6. Mieres de maioratu, part. 2. quæst. 6. num. 65. rationem subdens: quia institutor deficientibus agnatis, ne bona maioratus efficiantur libera, hac causa adeò vrgenti motus, & necessitate coactus ad fœminarum substitutionem in subsidium, & tanquam ad vltimum refugium deuenit. Quod & probat Molina lib. 3. cap. 5. num. 50. vers. *Ex quibus infertur*, donde aunque auia presupuesto la regla general, quòd quoties in aliqua parte, seu clausula primogenij vocantur fœminæ in eo maioratu, in quo antea masculi fuerant vocati, non videatur habita ratio agnationis: intelligit tamen de generali, & absoluta agnatione: y dize que no se puede negar, sino que la ay, respeto de los varones llamados, in illis verbis: *Secundò, quòd censeatur cōsiderata ratio agnationis quoad solas personas vocatas: non autem vt ex earum vocatione possimus eam dispositionem ex ratione considerationis agnationis extendere ad alios non vocatos.*

Num. 252. Y autores que tiẽnen lo mismo en los mayorazgos de España.

Et vt dicebamus num. 250. hæc dicitur ratio agnationis restricta, & limitata ad eos masculos, qui sunt vocati. Potest enim conseruandæ agnationis ratio dupliciter considerari. Primò, quando absolutè, & sine aliqua præfinitione temporis masculi vocantur, & nullibi fœminarum substitutio apparet. Secundò, quando restringitur ad gradus, vel substitutiones incipientes à masculo agnato, vocatis etiam eius descēdentibus masculis, Rubeus cons. 22. num. 10. Mantica de coniectur. vltimarum voluntatum, lib. 8. titu. 18. nu. 11. & 17. porque aunque Mantica tuuo lo contrario, quando empeçò la substitucion de la hembra, contra Cephalo, Menochio, y Peregrino: pero en los terminos de nuestro caso, fatetur quòd in prima substitutione, vbi post filios masculos testatoris fuerunt substituti eorum

Num. 253. Et dicitur ratio agnationis stricta porque no sale de los grados de los varones.

Y otros autores q̃ tienen la conclusion, de que el llamamiento de hẽbras no quita la consideracion de agnacion.

eorum descendentes masculi, ibi fuit habita ratio conseruandæ agnationis, & solum veniunt masculi per lineam masculinam descendentes, quamuis postea in gradibus, vbi substituũtur fœminæ, & earum descendentes masculi, hæc ratio cesset, & veniant etiam masculi per lineam fœmininam à dictis fœminis descendentes. Idem probat Puteus decis. 175. lib. 2. vbi dicit, quoad gradus expressos, in quibus substitutio ad masculos dirigitur, intelligi factam substitutionem ratione conseruandæ agnationis, & ita fuisse in Rota iudicatum. Decianus cons. 127. num. 17. 20. & 24. lib. 3. vbi num. 15. & 18. veram & indubitatam opinionem contendit, sin embargo de que en su caso auia sido hembra la instituydora. Y en este mismo caso Caualcanus decisione 18. numer. 88. versic. *Sextó adfinem*, part. 3. ibi: *Quia testatrix agnationis effectiuæ descendentium ab hæredibus, & masculorum rationem haberet, & posteà fœminarum.* Gratus consil. 120. numer. 31. 36. & 37. lib 2. Riminald. consil. 327. num. 26. versic. *Non omitto*, lib. 3. & consilio vigesimo tertio, numero 83. lib. 1. vbi disponens (vt apparet numer. 82.) vocauit filios masculos exclusa filia, & secundo loco in defectum filiorum masculorum substituit filiam, & post eam filios eius masculos, & alios masculos ab ea descendentes: & numer. 83. ita inquit: *Confirmatur, nam testator habuit semper rationẽ agnationis, quantum potuit masculos præferendo.*

Num. 254. Otros autores, que tienen la misma conclusion.

Hanc eandem opinionem sectantur Craueta consil 113. num. 2. lib. 1. Ruinus cons. 110. num. 14. lib. 2. Socinus Iunior. consil. 108. nume. 31. & 32 lib. 2. Paulus de Monte Picho cons. 96. numer. 122. vers. *Non obstat*, eleganter Gratus responso 5. numer. 86. lib. 2. Gerard. Mazol. cons. 6. num. 9. ibi: *Et respondendo formaliter dic, quód filia fuit vocata demum deficientibus omnibus filijs masculis sine filijs, & sic vbi agnatio filiorum fuit extincta. Et clarum est, quód post finitam agnationem amborum filiorum vocando fœminam, in vocatione eius non respexit agnationem, quæ per filiam non conseruatur, sed ante finitam agnationem filiorum masculorũ, & ante vocationem filiæ, bene considerauit conseruare agnationem.* Hieronymus Gabriel cons. 116. nu. 13. lib. 2. ibi: *Nec dici potest, rationem agnationis nõ esse habitã ea ratione, quòd post extinctos omnes descendentes masculos vocatæ sint filiæ testatoris, vel testatricis, aut illarum nepotes, vel alius etiã extraneus,*

neus, dummodo inſtituti ſint, & ſubſtituti agnati maſculi teſtatoris, vel inſtitutorum. Et agit Gabriel de eo caſu, in quo diſponens erat fœmina, Tiraq. de iure primogeniorum, quæſt. 13. num. 10. & alij plures relati, num. 250.

Y no ſolo no ſe elide la razon de agnacion por el llamamiẽto de las hembras, antes ſe confirma, quãdo maſculis extinctis vocantur: nam quando fœminæ poſt maſculos inuitantur, eis exiſtentibus excluſæ dicuntur, & hac ex cauſa viget conſideratio agnationis, donec maſculi extant, & ſuccedere poſſunt, Rubeus conſ. 22. num. 10. Tiraquel. de iure primogeniorum, quæſt. 13. numer. 10. eleganter Gerardus Mazol. conſil. 6. numer. 9. verſic. *Et reſpondendo formaliter*, vbi reſpondit, quòd fœminæ vocatæ poſt extinctam agnationem non ſunt impedimento, quominus cenſeatur conſiderata agnatio, donec aliquis extat de agnatione, licet ea finita in nulla ſit conſideratione: quod & placuit Hieronymo Gabrieli conſil. 115. num. 13. volu. 2. Surd. conſ. 443. num. 43. in fin. & nu. 44. cum ſequentibus, volum. 3.

Num. 255. La razon de agnacion ſe confirma con el llamamiento de las hẽbras, deſpues de los varones.

Reſpondeſe al ſegundo argumento.

DIZEN Las partes contrarias, que àunque es verdad, que no ſe excluye la contemplacion de agnacion, por no llamar los tranſuerſales agnatos, antes q̃ las hembras deſcendientes, como quiera que eſten llamados antes que ellas todos los deſcendientes agnatos, Socinus Iunior conſil. 158. numer. 43. volum. 2. Surd. conſil. 316. numer. 13. vſque ad 17. volum. 3. Pero ſi ſe llaman hembras antes de auer llamado todos los varones agnatos deſcendientes, con eſto ſe excluye la conſideracion de agnacion, porque aunque ſe ayan continuado ſubſtituciones de agnatos deſcendientes, baſta que las hẽbras eſten antepueſtas à otros de la ſegunda, o tercera linea de deſcendientes del fundador: Ruynus conſ. 24. numer. 3. volum. 3. Craueta conſ. 306. numer. 5. volum. 2. Gerard. Mazol. conſ. 6. numer. 9. Sfortia Oddus conſ. 56. numer. 18. Surd. conſil. 475. numer. 19. volumin. 4. Caſanate conſil. 23. num. 4. Peregrin. de fideicommiſ. articul. 25. num. 27. verſ. *Quo circa*, fol. 238. Hierony. Gabr. conſ. 97. nu. 24. volum. 1. Hondedeus conſ. 56. nu. 17. & 18. volumin. 2. Y que en eſte mayorazgo no eſtan llamados todos los deſcendiẽtes, agnatos del fundador: pues

Num. 256. Argumento 2. q̃ quando ay hembras llamadas antes de todos los deſcendientes agnatos, no ay conſideracion de agnacion.

pues las hembras de don Alfonso estan llamadas primero que los varones de don Iuan de Ribera hijo segundo del fundador, y de los demas hijos.

Nu. 257. Respondese, que aunque no ay agnacion absoluta, la ay limitada en los grados de agnatos que se llamarõ antes, y despues de las hembras.

A esta oposicion se responde, que todos los autores referidos concuerdan, que ay contemplacion de agnacion, respeto de los agnatos que estan substituydos continuadamente, y desde entonces cessa, quando empieça el llamamiento de las hẽbras. Y aunque se ayan llamado estas primero, empieça la agnacion desde el llamamiento de los agnatos, quando las substituciones son cõtinuadas: porque no se aduierte otra cosa mas que la continuacion dellos, para la contemplacion de la agnacion: sin embargo de que al principio, ò en vna parte de la disposicion esten llamadas las hembras. Dicitur enim agnatio limitata respectu agnatorum, qui vocati sunt, vt inter eos, quos superius num. 250. cum sequentib. longa serie congessimus, ex alijs probat Sardus cons. 475. num. 20. volum. 4. ibi: *Distinguenda itaque sunt tempora: Unum, donec viuunt agnati, & tunc considerata conseruatio dicitur agnationis. Alterum est, illis deficientibus, & eueniente tali casu in fœminarum successione nõ habetur ratio agnationis. Sic etiam ècontra, quãdo à principio vocatæ sunt fœminæ, & postea masculi, tali casu defectis fœminis videtur cõsiderata agnatio respectu masculorum post fœminas vocatorum, vt post Socinum Seniorẽ concludit Socinus Iunior in cons. 23. num. 36. & sequentibus, volum. 1. & in cons. 116. numer. 10. volum. 3. Quinimò multi volunt, id verum esse, etiam quando, donec extant masculi, aliquo casu vocãtur fœminæ: vt voluerũt Gratus, & Ruinus in locis citatis à Gabriele, qui eos sequitur commun. opinion. lib. 6. titul. de statut. conclus. 6. num. 2. quod admittit etiam Molina dict. lib. 3. cap. 5. nume. 50. Quando tamen non agitur de ampliando dispositionem ex tacita agnationis ratione ad excludendum personas non nominatas, allegat Baldum, Angelum, Anchar. & alios. Sed nos sumus in casu clariori, in quo fœminæ non sunt vocatæ, nisi penitus extinctis masculis. Ideò negari non potest, quin masculi sint vocati gratia conseruandæ agnationis, & consequenter retorquetur argumentum: quia si masculi agnationis fauore sunt vocati, vtique qui ex fœminis nati sunt, non admittuntur, sic quoque concedentibus aduersarijs in hac causa scribentibus.*

Num. 258. Y expendense algunos lugares de Sardo para esto.

Idem

Idem Surdus conf.316. num.14. volum.3. ita inquit: *Et non est mirum, nec nouum, quòd in vno casu statutum admittat fœminas, & in alijs agnationem consideret: vt optimè declarat Socin. Iun. cons.23. nu.35. vol.1. vbi fortius loquitur, quando fœminæ fuerunt in dispositione primo loco vocatæ.* Num. 259.

Id ipsum etiam profitetur ipse Surdus conf.443. nu.43. ad finem, & num.44. vol.3. ibi: *Tertiò respondeo, quód testator potuit agnationem conseruare in omnibus, præter quã in aliquibus casibus: & ideo licet aliquo casu fœminas vocauerit, non tamen ideò dici potest, quòd agnationis fauorẽ non considerauerit: potuit enim, & voluit cõsiderare in omnibus alijs: ita respondet Bald. cons.63. num.3. inter consilia Angeli, vbi idem consuluit Angelus cons.69. Ancha. & Floria. cons.359. inter consilia Anchar. Socin. cons.81. nu.12. in fi. vol.4. Socin. Iun. cons.23. nu.37. vol.1. vbi allegat Corneum, & Bald. Nouellum, & in cons.116. n.10. vol.3. idem probarunt Ruinus, & Gratus, quos citat & sequitur Gabriel commun. opinion. lib. 6. titul. de statutis, conclus.6. num.2. vbi dicit communẽ Gratieta cons.800. num.12. vers. non obstat agnationis, vbi dicit, quód etsi agnatio non sit considerata eo casu, cum fœminæ sunt vocatæ, est tamẽ considerata in alijs casibus: & hoc etiã placuit Gregorio Lopez in Hispania, l.3. titul.13. part.6. in glossa, verbo, mugeres, col.7. vers. & procedit.* Num. 260.

Quod in simili probatur, nam nomen familiæ complectitur diuersa genera personarum, nempè descendẽtes transuersales generum, nurum, & libertos, l. vltima, C. de verborum significatione, & legatum, seu fideicommissum, quod simpliciter fauore familiæ relinquitur, & eius gratia prohibetur alienari, dicitur legatum, seu fideicommissum familiæ relictum, & ad illud omnes de familia suo ordine gradatim admittuntur, dict. l. vltima, vbi Doctores, & in l. cum ita legatur 33. §. in fideicommisso, & in l. peto 71. §. fratre, ff. de legat.2. Si verò aliquod legatum, seu fideicommissum familię, liberorũ, aut libertorum relinquatur, hoc etiam dicitur legatum familiæ gratia relictum cum illa speciali adiectione, seu præfinitione liberorum, vel libertorum, l. cum pater 79. §. liberti, l. qui solidũ 80. §. prædium, ff. de legat.2. Idque in terminis considerat Molina, lib.3. cap.5. nu.20. ibi: *Secundus casus est, quando hanc rationem conseruandæ agnationis maioratus institutor certis personis, seu gradibus adiecit, veluti quando dixit volẽs agnatio-*

Num. 261. Prueuase con el simil de la familia, que se limitá con lo q̃ se le añade.

Num. 262. Testa opinion tuuo Molina en la agnacion express sa.

agnationem in persona Titij, & descendentium suorum conseruare, vel simile. Vbi plures recensedo dicit, conseruationẽ agnationis ad personas nominatas restrictam esse.

Num. 263. Y lo mismo es en la tacita, y presumpta, que tiene los mismos efectos en todo, que la expressa.

Id autem, quod Molina verum esse profitetur in ratione expressa, fatendum est in tacita, vel subintellecta, quæ sumitur ex vocatione filij masculi, & nepotis masculi ex filio, & masculorum ab eis descendentium: tum quia taciti, & expressi eadem est virtus, l. cum quid, 3. ff. si certum petatur, cum vulgatis: tùm etiam, quia ratio subintellecta eosdem effectus producit, quos & expressa glos. vltima, & Doctores in l. quamuis 15. C. de fideicommissis, Bald. in l. maximum vitium, num. 15. & 16. C. de liberis præteritis, Felinus in cap. translato, num. 11. ad finem, de constitut. Molina lib. 1. capit. 5. numer. 9. cum sequentibus, cum his quæ dicta sunt, numer. 245. 247. eleganter Hippolytus Riminal. consil. 23. num. 90. cum sequentibus, lib. 1. Surdus cons. 443. num. 19. & 20. & num. 23. vers. idem erit, volum. 3. magis in specie Hondedeus cons. 1. nu. 6. lib. 1.

Num. 264. Y no se elide esta por el llamamiẽto de hembras en otra parte de la disposicion.

Et Doctores quos supra retulimus, & alij passim fatentur, quòd à testatore instituto filio masculo, vel nepote ex filio, seu alio agnato, post talem institutum vocatis, & substitutis descendentibus masculis: quamuis aliter non exprimatur, hæc descendentium masculorum substitutio, intelligitur de masculis descendentibus per lineam masculinam, & in ea rationem agnationis consideratam, restrictam tamen ad eos dumtaxat gradus, vbi masculus agnatus instituitur, & substituũtur masculi ab eo descendentes. Ex eo verò, quod in aliqua parte substituantur fœminæ, & descendentes ab ea (in qua non potest considerari vera, & propria agnatio) non eliditur tacita contemplatio agnationis in illis gradibus, in quibus masculi sunt vocati. Perinde enim habetur, ac si expressim à testatore animaduersa esset: porque son cosas compatibles, auerse considerado la agnacion en vna parte, y en otra no: y en cada vna se ha de seguir la voluntad del fundador, a quien no se puede quitar el libre aluedrio de su disposicion, l. 1. C. de sacrosanct. eccles. §. disponat, in authentic. de nuptijs, collatione 4. Præsertim in fideicommissis, l. in conditionibus 19. ff. de conditionib. & demonstrationib. l. cùm virum, 16. C. de fideicommissis, l. 3. vbi DD. C. de liberis præteritis, Mantica de coniecturis vltimarum voluntatum, lib. 8. tit. 1. nu. 1. & 2. & iuxta nostri casus speciem, Surdus cons. 443. nu. 15. volu. 3.

De

De donde se sigue, que basta que en la descendencia de dō Alfonso llamasse el fundador los agnatos, hasta que no quedasse ninguno, como los llamò, para que respeto dellos se entienda auer contemplado la agnacion: la qual no se elide por el llamamiento que despues se hizo de hembras, y varones dellas, antes de llegar a don Iuan de Ribera, hijo segundo del mismo fundador: como tampoco se excluye por no llamar antes a los agnatos transuersales, en quien corre la misma razon, pues son agnatos como los descendientes, y se comprehenden todos en la agnacion; Gratus respons. 120. numero 36 libro secundo, ibi: *Ultimò, inficiari non potest in hoc testamento testatorem agnationem principaliter conseruare voluisse, vt colligitur ex institutione, quæ est caput, & fundamentum testamenti, §. ante hæredis, instit. de legat is, in qua filios, & eorum liberos masculos instituit, & filias proprias exclusit: quod secundum omnes in l. Gallus, §. nunc de lege, de liberis & posthum. & in l. venia, de in ius vocando, & alibi sæpe est factum pro conseruanda agnatione: & licet eis deficientibus aliquantulum fuerit vagatus extra agnationem, substituendo filias, & earum liberos masculos, vti de cognatione sibi cognita, & electa: Tamen deinde redit ad agnationem propriam, instituendo aliquos particulares de agnatione, & eorum liberos masculos.* Idem Gratus responso 5. numer. 86. lib. 2. ibi: *Neque obstat testatorem non habuisse respectum ad agnationem, ex quo vocauit filias, quæ efficiuntur alterius agnationis. Quoniam voluntatis testatoris tunc fuiße arbitror, primo prouidere descendentibus masculis, qui conseruent agnationem: & eis deficientibus filiabus, & earum filijs masculis, cum hoc, vt etiam ipsi eo meliori modo quo poßint, conseruent agnationem, & nomen agnationis, portando nomen, & arma: & descendentibus suis non extantibus agnatos masculos collaterales vocauit.* Quod & probant ferè omnes Doctores superius congesti, numer. 250. cum sequentibus, maxime Surdus consil. 443. numer. 44. ad finem, versic. *Sed non etiam*, & numero 45. & 46. volumine tertio.

Num. 265. Y basta auer llamado todos los descendientes agnatos de don Alfonso, aunq̄ despues llame sus hēbras, antes que a los agnatos de don Iuā de Riberā, y a los transuersales.

Y en nuestro caso don Iuan de Ribera se ha de tener por transuersal agnato, porq̄ como parece por la letra de las clausulas, el fundador no tuuo contemplacion à su agnacion effectiua,

Nu. 266. Y en este mayorazgo don Iuā de Ribera se tiene por transuersal.

efectiua, que comprehendia todos sus hijos, y descendientes varones, ni a la contentiua, que comprehendia sus transuersales, sino a la agnacion de don Alfonso su hijo mayor, a quiẽ hizo cabeça, y estipite desta sucession, para que no pudiessen suceder otros, en competencia de don Alfonso, y sus descendientes, cuya agnacion efectiua, no se podia estender mas que a los varones sus descendientes, y la contentiua comprehendia à don Iuan de Ribera su hermano, y los demas colaterales, linea enim incipit ab eo, qui primo loco vocatus est, eaque dicitur directa incipiens à primo vocato, vt eleganter respondit Bald. cons. 334. numer. 10. lib. 3. Socin. in l. Gallus, §. nunc de lege Veleia, numer. 3. ff. de liber. & posthum. Riminal. consil. 741. numer. 22. volumin. 7. donde en conformidad de la lectura de nuestras clausulas, dicit, quòd postquam testator dixit, & succesiue de primogenito in primogenitum subiungit, donec eius linea masculina durabit, quam intelligit de linea recta, & effectiua, quam primò vocatus constituit. Atque idem Riminaldus consil. 412. num. 80. volumin. 4. ex Paulo in l. si maritus, C. de procurat. atque ex Alexand. & alijs in dict. §. nunc de lege Velleia, à filio, non à patre lineam incipere affirmat, & in consil 371. nu. 77. cum sequentibus, volumi. 4. resoluit, lineam alicuius eam dici, cuius ipse est caput, ex Menochio consil. 106. num. 229. lib. 2. atque ex alijs.

Nu. 267. Linea incipit ab eo qui primo vocatus est, & dicitur recta & effectiua.

Num. 268. El fundador atẽdio a la agnacion de don Alonso su hijo, y fue forçoso que lo hiziesse por la facultad.

Esto pues fue lo que quiso el fundador, que en quanto durassen los varones agnatos de don Alfonso, no sucediesse hembra, ni hijo de hembra: solent enim testatores non propriæ, sed filiorum, seu institutorum agnationi prospicere: Socin. Iunior cons. 81. num. 5. & 6. volum. 3. Roland. consi. 82. num. 41. vers. *vlterius*, volu. 3. Decian. cons. 127. nu. 10. vol. 3. Y en nuestro caso fue precisо hazerse asi, por la obligacion que tuuo el fundador, por la facultad, à instituyr el mayorazgo de Cifuentes, en don Alfonso su hijo mayor, vt diximus num. 84. y cumpliendo con este mandato, y queriendo conseruar su agnaciõ lo hizo en quanto pudo, llamando todos los agnatos descendientes de don Alfonso, y luego sus hembras (porque no pudo menos) antes de llamar a don Iuan de Ribera, y a los demas sus hijos y descendientes varones.

Num. 269. En este mayorazgo deue tenerse

Y tomãdo como se deue tomar à don Alfonso por cabeça, y estipite desta sucessiõ, se ha de hazer la misma cõsideraciõ de

su

ſu perſona, que ſi el huuiera ſido el inſtituydor deſte mayorazgo: y aſsi ſe puede dezir con propiedad, que en los llamamientos ſe conſeruò toda la agnacion efetiua de deſcendientes: y q̃ con eſto no importa, que no ſe aya continuado tras ellos los transuerſales, vt afirmant Doctores proxime adducti, maximè Surdus conſi. 443. nu. 44. ad fin. verſi. *Sed non etiam*, & nu. 45. & 46. ſubijciens.

por fundador dō Alfonſo: y aſsi ſe conſeruò ſu agnacion efectiua de deſcendientes.

Sed non etiam vrget, quod ad excludendũ agnationis conſideratione adducitur, teſtatorem nõ vocaſſe collaterales, niſi deficientibus, tã fœminis, quàm maſculis à ſe deſcendẽtibus, & ſolum ad ſucceſsionem domus, & non aliorum bonorũ. Reſpondeo, quòd ſatis eſt, teſtatorem voluiſſe cõſeruare agnationem inter ſuos deſcendentes: Quamuis enim agnatio generaliter ſumpta includat etiam collaterales: quia intelligitur nõ ſolum effectiuè, ſed etiam contentiuè, vt poſt Salice. Ruyn. & alios docet Cardinal. Manti. lib. 8. tit. 12. nu. 12. vbi diſputat. An in dubio vocata agnatione veniant collaterales: tamen ſicuti ex ratione agnationis conſeruandæ inducitur fideicommiſſum, etiam inter collaterales, quando intelligitur contentiuè, ita induci debet inter deſcendentes, quando intelligitur effectiue. Tùm, quia eadem eſt ratio partis quoad partem, quæ eſt totius quoad totum, l. quæ de tota. ff. de rei vendica. Tùm etiam, quia inter ipſos deſcendentes militat eadem extenſionis ratio, quando voluit bona inter eos conſeruari, quæ inter omnes etiam collaterales, quando voluit inter omnes cõſeruari: ergo idem ius eſſe debet. l. de quibus. ff. de legibus, l. illud. ff. ad legem Acquiliam: cauſa enim extenſionis fideicommiſsi eſt: quia diſpoſitio extenditur ad limites rationis adiectæ, vt ſupra declaraui: hæc autem non minus procedere debet, quando conſiderata eſt agnatio effectiuè, & ita inter deſcendentes, quam vbi conſideratur contentiue: quoniam diſpoſitio eatenus producenda eſt, quatenus ſua ſe protendit ratio, nec dicitur extenſio tunc, ſed comprehenſio. Nam ratio eſt tanquam genus cõtinens plures caſus, in quibus eadem ſit ratio, eo modo quo continet plures ſpecies: ita Petrus, & Cynus, in l. iura non in ſingulas. ff. de legibus, & in l. quod vero, vbi etiam Bald. ff. eodem titu. & infinitos congerit Tiraquel. in l. ſi vnquam, verb. libertis, num. 45. & ſicuti ſi dixiſset id expreſſe, ita cum dixerit velle ſe conſeruare ſuam ſtirpem fideicommiſſum induceretur ſolum inter deſcendentes,

 eſſe-

effectiue. Et cum inter Doctores sit dubium vocatà agnatione an veniant collaterales? vt per Card. Manti. in loco præcitato, voluit testator omnem dubitationem remouere illos vocando solum post fœminas descendentes, nec minus dicitur agnationem dilexisse.

Num. 270. Lo mismo es que el fundador aya conseruado la agnacion expressamēte, o por llamamientos cōtinuados de varones, para que en ellos sea visto conseruarla.

Y como quiera que los llamamientos de varones seã continuados, no se ha de distinguir, si estos fueron todos los descendientes, ò parte dellos, ò si fueron los transuersales, ò parte dellos, por lo que se ha fundado: porque si el fundador dixera en tales personas, ò grados de mis descendientes quiero cõseruar agnacion, nemo dubitaret, in his agnationi esse deferendum: pues lo mismo es, que no lo aya dicho expressamente, sino que virtual, è implicitamente se entienda por la disposicion, cum par sit tacitę, & expresse agnationis virtus (vt diximus) num. 245. 247. 263. consentaneum est tam iuri, quàm rationi, quòd testator in vna parte, non in alia vellit agnationi consulere, Ruyn. consi. 29. nu. 11. lib. 2. Soci. Iun. consi. 4. nu. 20. lib. 3. cōsi. 158. nu. 42. lib. 2. Pedrocha consi. 5. nu. 60. Menoch. consi. 86. vol. 1. etiam si in casibus non expressis maior vigeat ratio agnationis conseruandæ, Mandel. Alben. consi. 13. nu. 15. vol. 1. Pedrocha consi. 38. nu. 16.

Num. 271. Respondese a los autores alegados en contrario.

Y los autores alegados en contrario no prueuan la conclusion para que se alegan, videlicet, que sino estan llamados todos los varones descendientes, ante vocationem fœminarum, non dicitur contemplata agnatio. Y para dar a entēder esto, se discurrira por cada vno dellos.

A Ruyno.

Ruyn. cōsi. 24. nu. 3. vol. 3. agit de statuto, quod plus fœminis quã masculis deferebat, & ea ex causa cõsiderationi agnationis non patere aditũ, respondit inferēdo, ibi: *Si ergo statutum voluisset agnationi prouidere, non vocasset fœminas ante ipsos agnatos masculos, & fœminis plus in exclusione matris non tribuisset, quàm alijs agnatis masculis. Et propterea cum in capite inclusiuo statuti sint positæ fœminæ, etiam per prius, & in excludendo sint melioris cōditionis, quàm masculi, etiam proximiores, statutum non potest dici respectu istius capitis inclusiui fauorabile, sed est odiosum, & contra ius, etiam respectu masculorum, sicut sine dubio est odiosum ex parte fœminarum excludentium matrem.* Y auiendo sobreuenido vna reformacion de este estatuto, se dudò, como se auia de entender, en quanto deferia la sucesion a los agnatos, y respondio

Ruyno

Ruyno en conformidad de la conclusion que defendemos; que quanto a estos agnatos tuuo la reformacion respeto a la agnacion, y no quanto a las demas, à quien se auia de deferir conforme al estatuto, ibi: *Neque obstat, quód reformatio videatur ad agnationem habuisse respectum: quia ad eam respexit quantum ad patruum, & fratrem patruelem, & quoad alios à statuto non discedit, quod ad agnationem, vt dixi non respexit, & quòd ad eam non respexerit, etiam dicta reformatio præsupponit, dum habuit pro absurdo, quod fœmina remotior, & cognata perstat utum præferatur prædictis agnatis.*

Crauета consi.306.nu.5.lib.2. duabus rationibus mouetur, nè dicatur in occurrenti casu, consideratam esse agnationem. Prior ratio est, quia substitutiones iuxta iuris communis dispositionem conceptæ fuerunt. Posterior est, quia ante fœminarum vocationem non fuit adiecta clausula, si filij decederent sine filijs masculis, vt patet numero.4. ad finem, ibi: *Nec obstat, quód dictum Oldradi non videtur procedere, quia testor habuit rationem agnationis: quia tunc, vt agnatio conseruetur, oportet extendi grauamen ad filios hæredum, vt dixi in dicto consil.98. column.1. Quia nego, quód testator hic habuerit rationem agnationis: nam morientibus, eius filijs, & hæredibus sine liberis, substituit eius filias, quarum altera, id est, Belieta, iam erat nupta.* Et inferius, ibi: *Ex alio etiã non fuit habita ratio agnationis: quia in substitutione facta filijs hæredibus non fuit dictum si decederent sine liberis masculis.* Demanera, que esta fue vna disposicion regular, en que no huuo conjetura, que pudiesse persuadir a la agnacion. Num. 272. A Craueta.

Gerardus Mazolus consilio 6 numero.9. no solo no prueua la conclusion para que se alega, refiriendo algunas palabras truncadas, mas antes afirma lo contrario en fauor de la parte que defendemos, vt diximus numero. 254. his verbis: *Et respondendo formaliter dico, quòd filia fuit vocata demum deficientibus ambobus filijs masculis sine filijs, & sic vbi agnatio filiorum extincta: & clarum est, quod post finitam agnationem amborum filiorum vocando fœminam, in vocatione eius non respexit agnationem: quæ per filiam non conseruatur: sed ante finitam agnationem, & ante vocationem filiæ, bene considerauit conseruare agnationem:* Num. 273. A Gerardo Mazolo.

tionem: ea enim agnatio, vbi non est, & esse nõ habet amplius, vtique respici non potest. Argumentum procederet si vocasset in substitutione filiam, stante adhuc agnatione filiorum: quia substituendo fœminam, sicut masculum, non habetur ratio agnationis, vt fuit in l maximum vitium. C de liberis præteritis. Bene faciunt tradita à D. Gozadino dicto. consi. 89. versi. Tertia conclusio, num. 3. vbi quoties in aliqua parte testamenti, seu in aliquo gradu substitutionis, filia sit vocata, & post sit facta substitutio, si sine filijs decesserit: tunc in ista substitutione facta, postea quam filia vocata est vniuersaliter ad hæreditatem, neptis excludit substitutum ob parem ad v- trumque sexum dilectionem, & cessationem agnationis con- seruandæ, & ita procedit consilium Decij 370. vbi filias mas- culis substituit obeuntibus sine filijs, & non prius masculi in- ter se erant substituti, & demum post eos extinctos vocata fi- lia, & loquitur in extraneo, non in parte testante. Et certè ne gare non possumus, quim substitutio facta de filia exclusa ab hæreditate vniuersali, post demum mortem filiorum mascu- lorum amborum sine filijs decedentium, optimum præstet ar- gumentum, quod testatrix sexum fœmineum admittere no- luerit, donec aliquis filiorũ masculus extaret, & sic neptis nõ excludet alium filium masculum superstitem.

Claras son estas palabras, para que quando se continuan lla- mamientos de varones, se tiene respeto à la agnacion: la qual no se pone en consideracion desde que empieça la substituciõ de las hembras, ò quando desde el principio son regulares los llamamientos, substituendo fœminã sicut masculum, propter parem vtriusque sexus dilectionem, & cessationẽ agnationis, que son las razones en que se fundò Gerardo Mazolo.

Num. 174. A Sfortia Oddi. Sfortia Oddus consi. 59. num. 18. trata de vna substitucion, que se auia hecho a vn transuersal hermano del testador, en v- no de tres casos: que el q̃ alli se ofrecio, fue, que vn hijo del tes- tador murio sin dexar hijos, y la substitucion del transuersal se auia concebido, si filius sine liberis decederet: y con esta cõdi- cion estauan comprehẽdidos varones, y hembras, y estas se a- uian de anteponer al transuersal, en este grado no pudo auer contẽplacion de agnaciõ, y en este sentido esta lo q̃ dize Sfor. d. nu. 18. ibi: *Præsertim cũ ratio cõseruãdi bona in agnatione cesset in hoc testamẽto, in quo dicto Ioãni, & filijs eius mascu- lis sunt prælatæ filiæ fœminæ dicti Candidi, & dicti posthumi.*

Surdus

Surdus cons.475.nu.19.vol.4.dize lo contrario, como pare *Num.275.* *A Surdo.*
ce por las palabras de aquel numero, y del 20.q̃ se siguen à las
que se refieren en contrario, quæ supra recensuimus, nu. 258.
alegandolo por nuestra parte, que es vn lugar muy concluyē-
te por ella.

Casanate, que es abogado del Conde de Salinas, cōs. 23. n. 4. *Num.276.* *A Casanate.*
tāpoco asienta la cōclusion q̃ se pretende: porq̃ se ha de presu
poner, que en el mayorazgo, en q̃ el escriuio, los llamamiētos
erā regulares, como lo dize al principio, ibi: *Pluribus adiectis*
substitutionibus pro omnibus descēdētibus tā masculis, quā
fœminis ipsius dñi Ioannis, & post defectū omniū descenden-
tium illius, sic dicit: Que todos los bienes ayan de venir en hi
jos, y descendientes de don Pedro, de mayor en mayor perpe-
tuamente, y en falta de varones, â hembras. Conforme a lo
qual no interuinieron substituciones continuadas de varones,
sino que en aquel caso la precedencia se dio a los varones de la
misma linea y grado, no quitādo a las hēbras el segūdo lugar, q̃
cada vna dllas tiene despues del varō de la misma linea y grado.

Y asi la questiō que Casanate deduxò de aquel caso, vtrum
descendentiū masculorū appellatione veniant masculi ex mas
culis tantum, vel etiam masculi ex fœminis, abhorrere pror-
sus videtur à disceptatione, quā casus ille offerebat. Y cō aquel
presupuesto errado, parece fuera de proposito todo lo q̃ alli se
escriue: y sin embargo desto, la conclusion para que se alega,
no ofende nuestro instituto: porque dize, que quando se llamā
al principio las hembras, ò se mezclan en los llamamientos de
los agnatos, que es lo mismo que dezir, que en segundo lugar
suceda la hembra, que es la mezcla regular, non dicitur contē-
plata agnatio, ibi: *Tamen quando fœminæ, vel descendentes*
ex fœminis vocantur ante agnationem, vel intermiscentur
inter agnatos masculos, eo ipso constat, rationem agnationis
non fuiße consideratam, sed omninò exclusam. Y esto mismo
dixo en el nu. 5. ibi: *Et sic cum permixtim fuerint vocati des-*
cendentes ex masculis, & descendentes ex fœminis, clarè cons
tat non fuiße consideratam rationem agnationis, sed mascu
linitatis tantum. Y nosotros dezimos, que no solo nō se consi
dera agnacion, quando estan mezclados los llamamientos de
varones, y hembras, que es lo regular: pero tampoco ay consi-
deracion de masculinidad, quando se sale de la misma linea y
grado: y lo que pretendio Casanate, fue, que auia contempla-

cion de masculinidad, para defender al varon de la hẽbra mas remota, contra la hembra hija del vltimo posseedor, que fue defensa contra la comun opinion, que asientan los mismos autores que el alega, dicto nu.4.in princ.

Num.277. *A Peregrino.* Perin.de fideicommis.artic.25.num.27.vers. *Quo circa*, fol. 238.agit de absoluta, siue contentiua agnatione: porque trata de los colaterales agnatos, en que confiessan las partes contrarias, que para la agnacion limitada no es necessario el llamamiento dellos: y en lo que toca a descendientes, no dize cosa ninguna Peregrino, ni trata de la agnaciõ efectiua y limitada: y asi no prueua la conclusion para que se alega: y en la limitada tuuo por nuestra parte artic.26.nu.15.& præsensit dicto artic.25.num.26.

Num.278. *A Hiero. Gabr.* Hieron.Gabriel consil.97.num.24.vol.1. distinguit inter effectiuam, & contentiuam agnationem, & concludit, quòd in effectiua omnes masculi descendentes includuntur, sed nõ ideo omniũ factã esse substitionẽ desiderat, vt agnatio effectiua censeatur contemplata: imò eam considerari in illis gradibus respondit, in quibus agnati ad succesionem inuitantur. Y aunque escriue en fauor de las nietas, esto defiende quando estan puestos los descẽdientes en cõdicion sine adiectione masculinæ qualitatis: quo casu fœminę in ea conditione includũtur, & cẽsentur vocatæ in eo gradu, in quo sunt positæ in cõditione, ne à substituto excludãtur. Y q̃ esto sea asi, dmas d q̃ està clara la letra, se prueua por el caso q̃ pone al principio, en q̃ dize Gabriel, q̃ el testador hizo dos testamẽtos, y aũq̃ en el primero puso a su hijo la cõdiciõ, Si dcederet sine filijs masculis, en el segũdo dixo, Si decederet sine filijs, sin añadir la palabra, *Masculis*: y como se auia de estar al segundo testamento, claro està que estando comprehendidas las nietas en la condicion, no las podia excluyr el substituto, cuya substitucion se auia concebido en falta dellas: demas de que el fideicomisso fue tẽporal, y el testador no auia hecho mas de vn grado de substitucion, sin continuar llamamientos de varones, que son necessarios para inferir agnacion, vt sæpius diximus: y esto es lo que dize idem Gabriel.d.cons.97.nu.7.ibi:

Etenim hoc casu iure asseri potest, minimè cõsideratã fuisse agnationẽ: nec cõtentiuè, quia si hãc mentẽ habuisset, omnes agnatos, nõ fratrẽ solũ, & filios vocasset: nec effectiuè, quia cũ descẽdentes suos filio nõ substituerit, facile ostẽdit, casu quo filius

lius decederet cũ descẽdentibus, rẽ omnẽ se eius arbitrio permittere: & ratio, qua eũ mouit ad substitutionẽ faciendã restrinxisse ad casum, in quo filius decederet sine descẽdentibus, Bologne. d cõs. 35. n. 23 Nimirũ clarũ est futurũ, vt decedẽte Marco cũ filio substitutio expiraret, Oldral. cõs. 21. ergo non potest dici, rationẽ fuisse ductã à testatore agnationis, cũ vnũ tantũ gradũ substitutionis fecerit, sed solũ filij masculi: & casu, quo decederet sine filijs, fratris, & filiorũ rationẽ duxerit, & cõsequenter putandũ est, neptibus fratrẽ nõ prætulisse, sed verbis etiã cõditionis illas cõtineri. Quibus stãtibus, testator voluit iuris dispositioni locum fore.

Y esta razõ siguio el mismo Gabriel. d. cõs. 97. d. n. 24. donde se alegã los cõtrarios, prouãdo, q̃ las nietas puestas en cõdiciõ antes de llegar à la substituciõ del agnato, no se entiende estar excluydas por el, ibi: *In eo autẽ, qui descẽdentes aliquos masculos, nõ omnes, vel agnatos aliquos, nõ omnes filio substituit nõ puto dici posse, ita habitã fuisse rationẽ agnationis, vt possunt dici neptes nõ cõtineri verbis cõditionis cõtra regulas iuris cũ substitutis ipsis permiserit liberã volũtatẽ disponẽdi in extraneos.* Et inferius, ibi: *Ita quãdo nõ est substituta agnatio tota, aut substituti sunt pauci ex ipsis, quibus extinctis potuerunt ad extraneos bona peruenire: tũc enim videtur eos solos testator dilexisse speciali quadã, & obscura ratione, nõ tali, propter quã affirmari debeat neptes nõ fuisse in conditione positas: quod affirmari nequit, nisi de volũtate euidenter constet. l. 1. C. de condit. insertis.*

Honded. cõs. 5. nu. 17. & 18. vol. 2. agit de fideicõmisso tẽporali, auiẽdo empeçado la institucion en hembra, cui decedenti sine filijs, fuerunt substituti duo testatoris fratres, en q̃ no podia auer consideracion de agnaciõ, assi cõforme à la opiniõ delos q̃ tuuieron, q̃ no la ay, quãdo es hẽbra la instituyda, como porq̃ los hijos desta fueron puestos en cõdicion, en q̃ entrarõ varones, y hẽbras: y porq̃ no huuo llamamiẽtos continuados de varones, & testator vnũ tantũ gradũ substitutionis fecit, neq; ad plures digressus est, vt considerat idẽ Honded. supra, vbi nu. 32. & 33. fatetur tacitã & limitatã agnationẽ in eis gradibus, & personis dici consideratam, in quibus masculi vocati reperiuntur, iuxta ea, quæ diximus nu. 250. cum seqq. vbi eundem Hondedeum recensuimus. *Num. 279 A Hondedeo.*

Segundo

Pars 3. oposicion del Duque, y Conde, Segundo medio, por donde se prueua ser este mayorazgo de agnacion.

Num. 280. *La consideració de agnacion se prueua por la exclusion de las hēbras.*

EL Otro medio, por donde se prueua la agnacion, resulta de la clausula 29. ibi: *E los que del descendieren, varones, enō mugeres, fasta que non aya persona alguna descendiente por la linea recta de su fijo mayor.* En cuya explicacion, de q̄ se tratò en el. §. 2. de aquella clausula, num. 127. cum sequētib. prouamos, que por la exclusion de las hembras, declarò el fundador, que su intento era conseruar la agnacion. Y aunque alli se puso la exclusion respeto de los descendientes del hijo mayor de don Alfonso, lo mismo hizo el fundador respeto de los descendientes del hijo segundo, y de toda la descendencia de don Alfonso por las substituciones particulares, y generales; que hizieron regla, como se fundò en la exposicion de la dicha clausula 29. de manera que en toda la descendencia de don Alfonso, huuo contemplacion de agnacion por esta cabeça de la exclusion de las hembras: quæ est potentissima ratio conseruandi agnationē, vt considerat Aldobrandi. cons. 3. num. 35. & quod ex fœminarum exclusione profiscatur conseruādę agnationis ratio, præsertim quando concurrit masculorū vocatio, vltra eos, quos congessimus num. 129. ex pluribus concludunt Curt. Iun. cons. 111. num. 11. lib. 1. Decian. cons. 127. nu. 15. cū seqq. vol. 3. Hippolyt. Riminald. cons. 21. nu. 9. cons. 23. nu. 81. &. 82. lib. 1. & cons. 457. nu. 1. & 9. lib. 4. Hiero. Gabriel cōs. 116. num. 14. lib. 2. vbi dicit nu. 15. id multo magis procedere, si qualitas masculinitatis sit sæpius repetita (prout in specie contingit nostra) ex Paris. cons. 17. nu. 9. & 10. cons. 42. num. 10. lib. 2. Surd. cons. 443. nu. 38. & 39. vol. 3. cons. 475. nu. 17. vol. 4. Mantica de coniectur. vltimar. vol. lib. 6. tit. 15. nu. 2. & hanc esse cōmunem opinionem, & secundum eam in Senatu Veneto fuisse iudicatum attestatur ex alijs idem Rimin. d. consil. 21. nu. 32. ad fin. & in d. cons. 457. num. 9.

Y mas con llamamiento geminado de varones.

Num. 281. *Y es como si lo expressara el fundador por no poderse dar otra.*

Atque adeò est potens ratio conseruandæ agnationis, quæ ex fœminarū exclusione profluit, vt ea perinde habeatur, ac si à testatore expressim adiecta fuisset, quia nulla alia ratio reddi potest, vt ex glos. & DD. in l. quanuis. 15. C. de fideicōmis. alios in terminis recensendo animaduertit Riminald. dicto cōs. 21. nu. 33.

nu.33.lib.1.Et ideò quādo excluditur fœmina, & vocatur maſculus, ratio conſeruandæ agnationis cenſetur expreſſa, & fit extenſio diſpoſitionis. Alex.conſil.97. *Viſo themate*, num.2. verſic. *tertio pro hoc*, lib.2.& pleniùs idem Alex.conſil.36. *Viſo themate*, num.8.& 9.verſic. *Quia verba non videntur repugnare*, & maximè num.12.lib.6.vbi reſpondit, quòd vnica ratio, quæ fauet agnationi, cum ſit generalis, cōprehendit omnes caſus, non quidem per extenſionem, ſed per comprehenſionem: quia ſicuti genus comprehendit omnem ſpeciem, ita ratio generalis comprehendit omnem caſum ſub ratione cōprehenſum, licet non expreſſum. Idipſum cōfirmat idem Alexand.conſil.89. *Circa primum*, num.3. verſic. *Corroborātur*, & nu.4.vol.8. Y lo miſmo obra la tacita razon de conſeruar agnacion, que la expreſſa, vt dictum eſt nu.243.247.263.

Que como eſtan excluydas las hembras, tābien lo eſtan los varones dellas.

Num.281. La excluſion de las hembras en eſte mayorazgo, por ſer de agnacion, induze excluſion de varones dellas.

SIendo como es eſte mayorazgo de agnaciō en todos los llamamientos continuados de varones, como eſtā excluydas las hembras, tambien lo eſtan ſus hijos varones, cuya excluſiō reſulta mas particularmente de la clauſula 29. en fuerça de las palabras della, *Varones, e non mugeres:* por las quales eſtan excluydos los varones de hembras, de la miſma manera que lo eſtan ellas, cuya excluſion no ſe cauſa reſpeto de los cognatos, ſino reſpeto de los agnatos: nam excluſio fœminarum maſculos ex eis deſcendentes complectitur, cap.1. de ſucceſſ.fratrū, cap.1.§.hoc autem notādum, qui feudum dare poſſunt: quod non fit per extenſionem, aut interpretationem, ſed per comprehenſionem ex vi, & proprietate ſermonis: Bald. in l.maximum vitium, nu.3.& 20.C.de liber.præterit. Tiraquel. de iure primogeniorū, quæſt.12. nu.11. ad fin.elegāter Iaſ.conſil.141. vol.2.col.5.circa fin.verſic. *Item ſtatutum*. Et ita ex proprietate ſermonis, atque ex iuris diſpoſitione, cum fœminæ excludūtur exiſtentibus maſculis, agnati tantū includuntur ad excluſionē fœminarū; non verò cognati: Bald. in cap.1. n.3. quemadmodum feudum ad filiam pertineat, Socin.conſil.31.num.6.lib.1.Socinus Iun.conſil.23.num.34.volum.1. conſil.116.n.4.lib.3.Peregrin.de fideicommiſſ.art.26.num.3.

In quo recepta eſt communibus ſuffragijs doctrina Bartoli in l.2.§.videndum, num.2.ff.ad Tertul.docentis, per excluſionem

nem fœminarum induci exclusionem masculorum ab eis descendentium, & in l. liberorum, nu. 14. & 16. ff. de verb. signific. Gregor. gloss. in l. 6. tit. 26. part. 4. gloss. 2. quæst. 22. col. 6. in fin. verf. *Sed an exclusis*, in l. 3. tit. 13. part. 6. Palacios Rub. in rub. de donat. inter virum, & vxorem. §. 69. num. 34. Molin. lib. 3. c. 5. num. 41. Mieres de maiorat. part. 2. quæst. 6. num. 52. Mantica de coniectur. vltimarum voluntat. tit. 11. num. 37. Peregrin. de fideicommiss. artic. 26. num. 7. artic. 27. num. 18. Pereira de nominat. emphiteus. quæst. 19. num. 37. Aldobrandin. cons. 5. num. 23. Menoch. cons. 172. num. 12. cum alijs pluribus, vol. 2. & cons. 1036. per totum, vol. 11. vbi quàmplures recenset: Riminald. cons. 313. num. 52. volum. 3. Exclusio namque vnius gradus inducit exclusionem eius, qui ab illo originem trahit. l. si quis filium, 34. C. de inofficios. testam. Bart. in dict. l. liberorum, nu. 14. & 16. & alij proximè adducti: & ideò masculus natus ex fœmina non censetur masculus respectu successionis, & exclusionis aliorum, dict. c. 1. §. hoc autem notandum, qui feudum dare pos. Doctores in l. Gallus. §. nunc de lege Velleia. ff. de liber. & posthum. Alex. in l. ex facto. §. fin. num. 3. & 4. ff. ad Trebellian. vbi Ripa num. 8. Cremensis singul. 21. Capra, cōsil. 18. Guid. Pap. decis. 133. Decius, cons. 339. num. 5. versic. *Sed prædictis non obstantibus*, vol. 1. Tiraquel. de iure primogeniorum, quæst. 12. num. 6. quæst. 13. num. 6. Cassaneus, cons. 47. nu. 31. Quia in ipsa fœminarum exclusione inest exclusio masculorum ab eis descendentium, Salicet. in l. venia, nu. 3. C. de in ius vocando, Angelus in 8. neque, nu. 3. in authent. de triente, & semisse, Isernia in cap. 1. nu. 13. de natura successionis feudi, Romanus, cons. 40. nu. 4. Corneus, cons. 23. nu. 4. cum sequentib. vol. 4. Socin. cons. 63. nu, 17. vol. 3. Cassaneus dict. cōsil. 47. nu. 31. Tiraquel. de iure primogeniorum, quæst. 10. nu. 6 Brunus, de statutis excludentibus fœminas, art. 6. nu. 89. tom. 2. tractatuum, fol, 181. & ideò nepos ex filia non comprehendetur sub illis verbis, *Si sine filijs masculis deceßerit:* Angel. in l. sed si hac. §. liberos, nu. 3. ff. de iniusuocando, Doctores in l. Gallus, §. nunc de lege Velleia. ff. de liber. & posthum. & in l. 1. C. de condit. insert. Afflict. in cap. 1. nu. 133. de natura success. feudi, Guido Pap. cons. 18. Capra, cons. 18. Socin. Iun. cons. 69. vol. 3. per totum.

Num. 283. Exclusio vnius gradus inducit exclusionem trahentis originem ab eo.

Non obstat Bald. in authent. cessante, nu. 3. C. de legitim. hæred. vbi dicit, masculum ex fœmina ex propria persona admitti

Num. 284. Respōdese a Bal

mitti debere. Primò, quia eius opinio communi voto reijcitur, Claudius de Seiſellis in dict. §. nunc de lege Vellcia. nu. 13. ad finem, vbi Aretin. nu. 52. Peregrin. de fideicommiſſ. artic. 26. nu. 6. ad fin. Porque no pudiendo ſuceder por la perſona de ſu madre, tampoco puede por la ſuya, Gratus, reſponſo 120. nu. 44. vol. 2. Mantica, de coniectur. vltimarum voluntatum, lib. 8. tit. 11. nu. 7. ad fin. Peregrin. dict. nu. 6. vbi nu. 7. refert, eundē Baldum in l. 1. ff. de Senatoribus, contrariæ fuiſſe ſententiæ: & ideò dixit Surdus, conſ. 85. nu. 11. & 12. lib. 1. inanem & friuolā eſſe diſtinctionem, quòd quis contendat ſuccedere ex perſona propria, quando mater fuit excluſa.

do, que tu... podian ſucc... propria perſo...

Secundò, quia is, qui nititur ex propria perſona, & tanquā non dependens ab alio ſuccedere, tenetur clarè & manifeſtè de ſua peculiari vocatione docere, cap. 1. §. hoc autem notandum, qui feudum dare poſſ. ibi: *Niſi ſpecialiter dictum fuerit, vt ad eos pertineat*. Socin. Iun. cōſ. 2. n. 20. & 22. vol. 3. Y el llamamiento que los varones de hēbra pueden moſtrar, no es el de la clauſula 29. donde eſtà ſu excluſion cō la de ſus madres, ibi: *Varones, e non mugeres*, ſino el de las clauſulas 4. 5. 6. y 7. 30. y 31 dōde eſtan llamados. Y aſsi no puedē eſtar comprehendidos en la clauſula 29. cum maſculus deſcēdens ex fœmina excluſa nō poſsit ex propria perſona ad ſucceſsionem aſpirare: Mantica, de cōiectur. vltimarum volūtatum, lib. 8. tit. 11. nu. 7. verſ. *Quod procedit*. Menoch. conſ. 172. nu. 20. vol. 2. & cōſ. 400. nu. 47. cum ſequētib. vol. 4. Cephal. cōſil. 581. nu. 12. lib. 4. Y entōces deuen ſer admitidos en eſta diſpoſiciō los varones de hembra, quādo lo moſtraren por las clauſulas que eſtā referidas, que por la 29. no ſolo no mueſtrā incluſion: antes della reſulta ſu excluſiō de aquel grado, cō la de ſus madres: vt aduertit Gregor. gloſſ. 2. in l. 3. tit. 13. part. 6. quæſt. 22. col. 6. verſic. *Sed an excluſis fœminis videātur etiam excluſi maſculi deſcendentes ex fœminis. Et certè quando talis maſculus ex fœmina non prætenderet ſpecialem vocationem ex perſona ſua ex tenore maioriꝫ, in dubiū videtur, quòd excluſa matre, excludatur & ipſe, &c.* Quod & agnoſcunt Doctores paulò ante adducti.

Num. 285. Los varones de hembras, no tiene llamamiento por la clauſula 29.

Pro-

Proponense las oposiciones principales del Duque de Pastrana, y Conde de Salinas.

Num. 286. 5. Oposiciones, cõ q̃ se pretẽden incluir el Duque de Pastrana, y Conde de Salinas.

CONtra todo lo que està dicho, hazen cinco oposiciones principales el Duque de Pastrana, y Conde de Salinas, de que sacan otros tantos fundamentos para su inclusion.

La primera, que este es mayorazgo regular, en que estã llamados los descendientes por linea derecha de padre a hijo.

La segunda, del consejo 21. de Oldraldo.

La tercera, de la propiedad de la palabra, *varon*.

La quarta, de las palabras vniuersales, *Fasta que non àya persona alguna*, de la clausula 29.

La quinta, que tienen llamamiento por la persona de doña Catalina de Silua, y como varones descendientes della.

Primera oposicion.

Que este es mayorazgo regular, en que estan llamados los descendientes por linea derecha de padre a hijo.

Num. 287. El Duque, y Conde pretendẽ, que la linea derecha es de padre a hijo: y que el hermano del posseedor no se comprehende en ella.

PRetenden el Duque de Pastrana, y Conde de Salinas, q̃ conforme a la clausula 2. el varon que huuiere de suceder, ha de ser por linea derecha de los hijos mayores, y que ha de ser hijo del posseedor. l. 2. tit. 15. part. 2. Molina, lib. 3. cap. 6. num. 33. & ita primogenitus, non secundogenitus, Bald. cons. 275. nu. 6. vers. *Nam si duo Comites*, volum. 2. Surdus, cons. 316. nu. 11. & 12. vol. 3. Menchaca, de succesio. creat. 3. part. §. 27. nu. 20. Y pretenden por la clausula 7. y 8. que el fundador no tuuo por linea derecha la de don Iuan de Ribera su hijo segundo: y que lo mismo se ha de entender en toda la descendencia de don Alfonso: que el primogenito varon que ha de suceder, es el hijo del posseedor, y si no huuiere varon, ha de suceder la hembra, y no el segũdogenito, hermano del posseedor: porque con la possesion del mayorazgo comiença, discurre, y acaba la linea derecha, que cada hijo mayor constituye.

La

La respuesta desta dificultad resulta de lo que diximos en la glossa de las clausulas 2. y 29. nu. 15. cum sequentib. & num. 125. cum sequentib. donde prouamos, que los llamamientos de varones, son continuados en toda la descendencia de don Alfonso: y que estan antepuestos a las hembras: y q̃ todos ellos como sean varones, son descendientes por la linea derecha de los hijos mayores, como lo son todos los que preocupan el lugar de la primogenitura, sin embargo de que no sean posseedores. Y dexando en su lugar lo que alli se dixo, aunque no parecia ser necessaria otra respuesta, aduertimos; que el discurso que hazen las partes contrarias en esta oposicion, tiene respeto a los mayorazgos y disposiciones regulares, como lo dizen las leyes, y los autores que refieren. *Num. 288. Respondese, q̃ los que alegã, hablã en mayorazgos regulares.*

Para darme a entender en esta parte, considero, que lo regular en esta materia es, que en la sucessiõ de bienes libres omnes descendentes dicuntur esse in linea recta. l. 1. l. stemmata 9. l. Iureconsultus 10. ff. de gradibus affinit. l. 2. tit. 13. part. 6. Y en los mayorazgos regulares la linea del primogenito es la derecha: y a falta desta, la del segundogenito. l. 2. tit. 15. part. 2. Molina, lib. 1. cap. 3. nu. 12. lib. 3. cap. 6. nu. 29. Gama, decis. 354. aliàs 355. nu. 6. versic. *Quia verba illa*. Y el segundogenito durando la linea del primogenito, es transuersal: Paulus, consil. 164. nu. 4. & 5. lib. 2. Molina, lib. 3. cap. 6. nu. 30. cum sequentib. Y desta manera procede todo lo que se alega por los contrarios. *Num. 289. Linea derecha qual sea en materia de sucessiones.*

Y como los mayorazgos regulares siguen la disposicion del derecho: los irregulares siguen la de la voluntad: y los llamados han de suceder conforme a la orden de sus grados, y lugares, & tunc inspicitur linea, quæ habet prærogatiuam succedendi, iuxta ipsius maioratus institutionem, ex text. in cap. 1 de natura success. feudi. Linea verò, in qua non reperitur prærogatiua succedendi, non attenditur, sicut nec sexus, nec gradus, Corneus, consil. 22 nu. 22. ad fin. cons. 131. nu. 9. versi. *Nec obstant*, vol. 2. Alexand. consil. 88. nu. 1. cum sequentib. lib. 1. Parisius, consil. 36. nu. 13. lib. 2. Hieron. Gabriel. cõsil. 86. n. 3. lib. 1. Honded. consil. 70. nu. 44. & 45. vol. 1. Peregrin. de fideicõmiss. art. 21. nu. 9. fol. 185. Et sicut quando est prærogatiua in linea, remotior illius præfertur proximioribus ex alijs lineis procedentibus, dict. cap. 1. de natura success. feud. Ita vbi prærogatiua est in sexu masculino, remotior ex illo præfertur fœminæ proximiori, Bald. consil. 137. dominus Iordanus nu. 1. ad fin. *Num. 290. Linea, quæ non habet prærogatiuam succedendi, non inspicitur, sicut nec sexus, nec gradus.* *Num. 291. Prærogatiua lineæ, seu gradus, inducit prælationem remotioris.*

vol.2.ibi: *Pro quo facit, quia quandocunque est prioritas in sexu, vel linea, remotior linea, vel sexus præfertur cuicunque proximiori posterioris lineæ, vel sexus.* Gregor. gloss. magna, quæst.21. in l.3. titulo 13. part.6. Molina, lib.3. capit.8. nu. 7.& 8. Cephal. consil.251. num.42. cum sequentib. & nu.70.& 71. vol.2. Et ita non est curandum de proximitate gradus, & lineæ, nisi inter illas personas, in quibus adest hæc prærogatiua, siue qualitas, Molin. lib.3. cap.8. nu.8. Mantica, lib.8. tit.18. nu.5.& 54. Peregrin. de fideicommiss. art.20. nu.11.

Num. 291. La linea delos agnatos, y no la del posseedor, es la q̄ en este mayorazgo tiene prerogatiua de suceder.

La linea pues que en este mayorazgo causa prerogatiua de suceder, no es la del posseedor, sino la de los varones agnatos descendientes de don Alfonso primero llamado: los quales estan llamados de vno en otro, sin interposicion de hembra, ni hijo de hembra, hasta que todos ellos se acaben, como se fundò en la glossa de las clausulas. Y quando el fundador pone los varones en primero lugar, y en defeto dellos substituye las hembras: todos los varones que descienden del primero successor, aunque sean de diferentes hijos, y descendientes dellos, hazen vna linea exclusiua de qualesquier hembras, capit.1. §. filia, de success. feud. additio ad Iserniam in cap.1. num. 10. de eo qui sibi, & hæredib. suis masculis: egregiè Craueta, consil.664. num.15. volum.4. Bursatus, consil.63. num.12. volum.1. Hieronym. Gabr. cons.70. num.11. volum.2. vbi pulchrè defendit, quòd in hac specie omnes masculi descendentes à primo stipite censentur vnius esse lineæ, quoad effectum excludendi fœminas, Antonius Sola in constitutionibus Ducatus Subaudiæ, tit. de feudis, gloss. vnica. 3. part. num.1. & 2. fol.73. Surd. consil.349. num.1. & 2. volum. 3. melius & latius idem Surdus, consil.407. nu.36. eodem volum. vbi distinguit in vers. *Aliud igitur est, quód feudum concedatur pro masculis, & fœminis simpliciter & absolutè: aliud verò, quòd detur pro masculis, & eis deficientibus, pro fœminis: vel detur pro masculis, & fœminis, ita tamen quòd masculi, donec extabunt, excludant fœminas: quia primo casu si feudum ex diuisione perueniat ad vnam lineam, fœmina ex ea linea descendens excludet masculum prouenientem ex alia linea: secundo verò casu ex quacunque sit lineà masculus, dummodo descendat à primo inuestito, excludet fœminam.*

Num. 293. Hasta que se aca

No es posible en este mayorazgo, en que estan llamados los varones continuadamente de vno en otro, introduzir las hem-

hembras de mejor linea, y grado: porque no hallan lugar desocupado, pues està formada la linea de varon en varon, y a qualquiera dellos que muriere sin descendientes varones, se halla expressamente substituydo el varon siguiente. Vnde cõiecturæ, & præsumptiones, quæ pro fœminis expendi solent, apertissimis verbis diluuntur: quia cum in omnibus gradibus masculi sint substituti, quousque ipsi extabunt, non patet locus fœminæ, cum masculina qualitas eius introductioni resistat, Molina, lib.3. capit.5. numer.37. vbi fatetur, hoc procedere, etiamsi de agnatione conseruanda, nihil dictum fuerit: Quia masculorum expressio fœminarum exclusionem inducit ab omnibus gradibus, in quibus masculi sunt vocati, Bald. in authent. cessante, num.5. C. de legitim. hæred. vbi ita exponit textum in cap.1. de eo qui sibi, & hæred. suis mascul. ibi: *Dicas, quòd in illo capite tenor inuestituræ ponebat omnes masculos ex vna parte, quos fœminis præferebat: & ideo nimirũ si non est locus fœminæ, vt l. in multis. ff. de statu hominum.* Idem Bald. in l. quoties, num.6. vers. *Isti dicunt*. C. de suis, & legitimis hæred. vbi aduertit, quòd in hac dispositione, seu inuestitura omnimodo præfertur masculinum genus, & excluditur fœmina à quocunque masculo, Aluarot. in cap. 1. nu. 6. de natura success. feudi. Paris. cons.72. nu.100. vers. *Tũc quoque*, vol.4. Menoch. cons.315. nu.4. vol.4. Surd. cons.407. num.36 vol.3. Bursatus, cons.229. num.14. cum sequentibus, volum.3 Fabius de Anna, consil.53. num.81. & 82. ibi: *Et tandem aduerto, quòd masculus virtute primæ inuestituræ præfertur cuicunque fœminæ: quia vocatur in defectum masculi: ac proinde applicatur decisio text. in capit.1. de eo qui sibi, & hæred. suis, quo cauetur, feudo suscepto pro masculis, & his deficientibus pro fœminis, non patere locum fœminæ, donec masculus superest ab eo, qui primus fuit inuestitus: & propterea in illo textu filia excluditur à portione feudi fratris sui, & ad illam frater consobrinus ipsius, vti masculus, admittitur. Quæ regula in hoc generalis est, vt masculus descendens à primo acquisitore fœminæ licet defuncto proximiori, præferatur.* Henricus Rhosentalis, lib.1. capit.7. numer. 12. Caualcanus, decis. 19. numero. 1. 2. & 3. part. 3. vbi in fideicommisso perpetuo à fœmina instituto iuxta nostri casus speciem, & similem clausulam substitutionis, probat fieri transitum de vna linea ad aliam, propter fauorem mascu-

be del todo, no halla lugar la hembra.

lorum, non obstante, quòd fœminæ, quarum exclusio in controuersia posita erat, & proximiores essent defuncto, & de eius linea.

Num. 294. Por la repeticiõ de tantos llamamiẽtos de varones, se induze fideicommisso de varõ en varon.

De la continuacion, y multiplicacion de tantos grados de varones, tambien se deduze, quod hæc assidua, & enixa repetitio significat fideicommissum cõtinuatum ex vno ad alium masculum absque aliqua prorsus fœminæ interruptione, Ias. cons. 108. nu. 1. vers. *Sed præmissis non obstantibus*, vol. 4. vbi ex eo quòd testator nouem gradus substitutionum inter masculos constituerat, deducit, voluisse testatorem suæ posteritati masculinæ in perpetuum cõsulere, ac propterea videri omnes masculos grauatos inuicem restituere, Gratus, cons. 89. n. 6. & 7. vol. 2. Paris. consil. 66. nu. 36. & 37. vol. 3. Purpurat. inter consilia Siluani, cons. 53. num. 4. Cephal. cons. 114. num. 24. vol. 1. Decian. cons. 44. nu. 15. vol. 3. Hippolyt. Riminald. cons. 782. nu. 100. cum sequentib. vol. 7. Ioseph. de Rusticis, de liberis in conditione positis, lib. 2. cap. 5.

Num. 295. Respondese a las palabras de la clausula 2. que descendiere de la linea derecha de los hijos mayores.

No obstan las clausulas 2. 7. y 8. de que se pretenden aprouechar las partes contrarias, pretendiendo por ellas, que la sucession ha de ser de padre a hijo.

Porque quanto a la segunda, en que pretenden, que el que ha de suceder, ha de ser primogenito hijo de posseedor, por aquellas palabras, *Que descendiere de la linea derecha de los fijos mayores*, està satisfecho en la explicacion desta clausula, nu. 28. cum sequẽtib. juntandolo con la respuesta de la dificultad precediẽte, donde se prouò, que todos los varones estã llamados continuadamente, y que todos ellos tienen el lugar de la primogenitura por su orden y grado, sucediendo el caso de su inclusion en falta del precediente.

Num. 296. Y a las clausulas 7. y 8.

Y quanto a las clausulas 7. y 8. en el mem. pag. 118. lin. 12. en que tambien se pondera la palabra, *Linea derecha*: demas de que estas clausulas tratã de los varones cognatos, quãdo se huuieran de aplicar al caso, q̃ proponen las partes contrarias, totalmẽte contradizen a su intento: porq̃ la 7. dize: *Se acabẽ primeramẽte los varones, como dicho es, e en fallecimiẽto dellos las fijas por la forma e ordẽ suso, e yuso declaradas.* Dõde requiere el fundador, q̃ primeramẽte se acabẽ todos los varones, antes q̃ entren las substituciones de las hẽbras. Y el llamamiẽto de D. Iuã de Ribera en la clausula 8. por palabras claras està cõcebido en falta de toda la descẽdencia de varones, y hẽbras

de

de don Alfonso, auiendose de entender necessariamente por lo dispuesto en las clausulas precedientes, y en la 29. con las q̃ se siguen: q̃ ante todas cosas han de suceder los varones de varones continuadamente. Y la letra de las mismas clausulas entiende la linea recta por los varones de varones, cuyos llamamiẽtos son cõtinuados por la linea de calidad, y de la volũtad del mismo fũdador: vt cõstat ex clausula.2. Itẽ ex clausula.29. q̃ en esta parte hablò mas claramẽte: porq̃ auiẽdo llamado los varones de varones por estas palabras: *E los q̃ del descendierẽ varones, e nõ mugeres*, Addit: *Fasta q̃ nõ aya persona alguna descendiente por la linea recta de su hijo mayor, para q̃ toda uia lo aya el decẽdiẽte varõ mayor*: dõde la palabra, *Linea recta*, es imposible q̃ se entiẽda de hẽbras, pues estã alli excluydas expressamẽte: y auiẽdo de ser varones los q̃ han de suceder por linea recta, no puede ser sino corriẽdo la sucessiõ de vn varõ en otro varõ, como lo dize la clausula. 2. por regla general, ibi: *E assi sucessiuamẽte de vno en otro, para el fijo mayor legitimo varõ*. Y lo mismo dispone la clausula 29. respecto del hijo segũdo de dõ Alfonso, y de todos los demas, y sus descendiẽtes por regla general: en la qual auiẽdo hecho menciõ del hijo varõ mayor, y del segũdo, dize despues: *Ca es mi volũtad, q̃ue la dicha villa, e logares, cõ todo lo suso dicho, vẽga antes, e lo aya el su fijo segũdo, q̃ nõ la fija de su fijo mayor: e primero el su fijo tercero q̃ la fija, e fijas q̃ quedaren de su fijo segundo*. Y porque aqui auia comprehendido personas, y casos especiales, aunque en su razon lo estaua toda la descendencia, no quiso dexarlo en essa duda, y por esso prosigue, diziendo: *E assi por esta orden, e forma, e manera sucessiuamẽte en todos los sus fijos, e descendientes dellos, todauia el fijo varon mayor legitimo e natural nacido de legitimo matrimonio*: comprehendiendo por mas generales y vniuersales palabras toda la descẽdencia de don Alfonso, como lo auia hecho con menos palabras en la clausula.2. para q̃ todos los agnatos sucediessen continuadamente, sin interposicion de hembras. Y desta manera entendio la palabra, *Linea recta*, de que antes auia hecho mẽcion: y haziendola despues, no vsò de la palabra, *Recta*: porque no ponia en esso el misterio, sino en la prelacion de los agnatos, haziendo linea de todos ellos, y llamandolos antes y primero que a las hembras. Y despues de acabada toda esta descẽdencia de don Alfonso, llama a don Iuã de Ribera, y à la suya,

Num. 297. Linea recta se entiende por toda la descendencia.

ibi: *E assimismo en los descendientes del dicho don Iuan de Ribera, e de las otras personas de suso declaradas, á fallecimiento de la linea del dicho don Alfon, e de sus descendientes, como dicho es.* En que se ha de aduertir, que si este mayorazgo fuera regular, y no de agnacion, y prelacion de los agnatos, este era el lugar, donde auia de dezir linea derecha: porq̃ auia de discurrir la sucesion legalmente de padre à hijo varõ, y en falta del, à la hembra. Y no auiendo vsado aqui de la palabra, *Recta*, siguese que no hizo fundamento en la sucesion legal, sino en la de su voluntad: porque linea recta es la sucesible, conforme à la disposicion del fundador, vt superius ostendimus num. 289.

Num. 298. Auiendo llamado a los varones de varones, y despues a las hembras, no pueden interponerse entre ellos: ni tenerse por sucesion regular.

Auiendo pues llamado a los varones de vno en otro cõ exclusion de las hembras, y dadoles à ellas su lugar, por lo qual el fundador dio à entender, que antes no las tenia llamadas, como aduertimos en la glossa de la clausula. 3. num. 38. 39. 44. 45. llamandolas despues de los varones de varones, la voluntad esta clara, y no son necessarias conjeturas, ni otra glossa, ni mayor explicaciõ, q̃ la q̃ el mismo fundador hizo por las mismas clausulas, como lo aduirtio en otra disposicion semejante à esta, Hippolyt. Riminal. consi. 782. num. 99. versic. *Tertiò*, cum sequentibus, vol. 7. ibi:

Tertiò, hoc etiam clariùs patet sine refugio coniecturarum, quia subiunxit: ita quod eius hæreditas transeat de hærede in hæredem masculos, & posteà fœminas, non extantibus masculis. in claris enim non est opus coniecturis. l. continuus, §. cũ ita ff. de verb. oblig. Ex tot igitur geminatis verbis, atq; repetitis apparet, voluntatem testatricis fuisse vocandi masculos ad fideicommissum, & fœminis eos præferendi. l. Balista, cum ibi notatis. ff. ad Trebellian. Bart. in. l. cum scimus. C. de agricol. & censit. lib. 11. Parisius cons. 12. num. 147. volu. 2. dicens: Quod geminatio, & repetitio ostendit enixam voluntatem disponentis, & alibi cons. 89. num. 22. volum. 3. dicit, quòd inducit deliberatam & appensatam mentem disponentis. Et vocando masculos, & posteà fœminas, apparet ex illa dictione, Posteà, denotari temporis interuallum, quod esse debet inter vocationem earũ, & masculorum, &c. Et ibi: *Vnde primò masculos admitti voluit, deinde fœminas: imo non contẽta testatrix, ad maiorem suæ voluntatis expressionem, subiũxit: Et posteà fœminas non extantibus masculis. Vnde patet*

à con-

à contrario sensu, quòd extantibus masculis, eas non vocauit, sed exclusit. Idem Riminaldus conf.741. nu.22.vol.7.ibi: *Prætereà id confirmatur, nam postquam testator dixit, & successiuè de primogenito in primogenitum, subiunxit: donec eius linea durabit. Quæ verba veniunt intelligenda de linea recta & effectiua, videlicet, quam fecit dominus Ioannes Felix, non autem de contentiua, quæ posset etiam transuersales continere, prout declarat post Baldũ Socinus in.l. Gallus.§. nunc de lege, num.3.ff.de liber.& posthum. Ruin. cons.98. col. 2.volu.1. Decius cons.379.& Paris.cons.40.num. 42.vol.2.* Hoc ipsum voluit Francisc. de Ponte conf.47.num.6.&.7.eleganter Paulus de Montepicho conf.96.num.103.& 104.in illis verbis.

Quià etiam in omnem casum, quando vocantur fœminæ post masculos: extantibus masculis, fœminæ nullo modo admittuntur, textus est in cap.1.de eo qui sibi & hæredibus, & in cap.1.§ quin etiam Episcopum, vel Abbatem. cap.1. vbi glos. verbo, nisi ex facto, de natura success. feud. vbi Aluarotus colu.penult. Castro consi.198.colum.1.& duabus sequentibus, libr.2. vbi vult, Quod patrui masculi excludant filias fœminas, etiam à portione patris: quia in casu suo vocantur primò masculi, & posteà fœminæ. Socinus dicto consilio.49. col. 1.& sequentibus libro.1.& cons.250.col.3.libro.2. vbi testator prætulit masculos, & descendentes ex eis, & posteà eis deficiẽtibus vocat filias, vult, quòd masculi præferantur ipsis fœminis cuiusuis lineæ, Paris.consil.57.colum.2.libro.3. Ruin. consil.142.colum.6.& cons.167.colum.pen.libro.3. Et inferius, ibi: *Octauò facit, quòd testator, licet vocauerit quoque fœminas ad suum maioricatum, vt supra dictum fuit: cum tamen maiorem rationem habuerit masculorum, quos frequentiùs vocauit, & fœminis anteposuit, potest dici, vt res iudicetur a maiori parte, & à prępõderante, vt iudicari debet.l.quæritur, de statu hominum.l.repetundarum.§.hermaphroditus, de testib. Bartolus in.l. Aristo, de donatio.in.l.in emptione, de contrahend.emptione, latè Tiraquel.in tracta.retract.§.30.gloss.1. num.10.Grat.resp.9.num.146.lib.1.*

No obstan la clausula 1.y 10.en el memor.plana.119. linea 10.ni la clausula.11.linea.21.ni la clausula.13.linea.35.en la missma plana ni la clausula 18.en la plana 120.del memorial, linea 25.de que quieren sacar las partes contrarias llamamientos regula-

Num.299. Respondese ala clausula.1.

gulares de varones, y hembras: Porque se responde, que aunque la clausula primera vsò destas palabras, *Varones, e mugeres*, que ellas de por si induzen mayorazgo regular: pero no lo dexò el fundador en essos terminos, sino que añadio, *Con los vinculos, e cōdiciones, è pactos, e prohibiciones, e clausulas siguientes en esta manera.* Las quales palabras interpretamos en la glossa de aquella clausula, para que se aya de regular por las siguientes, que se ponderaron particularmente, para prouar como este mayorazgo es irregular en la explicacion de cada vna dellas. Y los llamamientos de hembras, y varones de hembras de la clausula 3. hasta la 7. y de la clausula 30. y 31. fueron subsidiarios à las substituciones de agnatos, que tienen primero lugar en este mayorazgo, como alli se fundò, y queda prouado en este articulo.

Num. 300. Y a las clausulas 10. 11. 13. y 18.

Y esta misma inteligencia tienen las clausulas 10. 11. 13. y 18. porque aunque en la 10. tratando de la decendencia de Don Alfonso, se dize: *Varones, o mugeres*, esto fue, poniendolos en condicion, y auiendoles dado su lugar dispositiuamente, se ha de entender estar puestos en la condicion de la misma manera, vt diximus num. 43. Y siempre se han de tomar estas palabras, como se declara en las otras clausulas que tratan desta decendencia, mayormente en la 29. que excluye expressamente las hembras, entretanto que huuiere varones agnatos. Y no fue necessario hazer relacion a ellas, porque auiendose puesto en condicion, como està dicho, no podian adquirir los decendientes otro nueuo modo de sucession, que el de la disposiciō. Y quando en esta clausula se llaman los descendientes de Don Iuan de Ribera, y Don Pedro de Silua, en que es dispositiua la substitucion que dellos se haze: porque se vsò de aquellas palabras, *Varones o mugeres*, añade, *Todauia el varon mayor, segun la orden é regla de suso e yuso declarada*: que se entiende auer de suceder primero los agnatos sin interposicion de hembra. Y como este es aditamento y clausula final de la misma clausula 10. tambien se puede referir à los que se pusieron en condicion, por ser toda vna clausula, y auerse de entender el principio, y cuerpo della, conforme al aditamento que se pone en el fin, iuxta iura vulgata. Y desta manera se entiende la clausula 11. que se sigue, y la 13. la qual no vino a dar orden en las substituciones: porque

la

la tenia dada antes, y despues, y solo tratò de la precedencia de la linea de don Alfonso, y sus descendientes varones, y hembras, à la de don Iuan de Ribera, para que no entrassen estos, hasta que los otros todos estuuiessen acabados: y esto en ordē de que primero sucediessen los legitimos de legitimo matrimonio, que los legitimados: y primero estos, que los naturales: pero por la orden y forma de sus grados, y llamamientos, como antes los auia dado, y los dio despues en la clausula 29: disponiendo, que en la vna, y otra descendencia, precediendo la de don Alfonso, auiàn de tener primero lugar los varones agnatos en cada linea de las dos, hasta que todos ellos fuessen acabados: y assi juntò ambas descendencias, para parificarlas en este modo de sucession, al fin de la clausula 29. ibi: *E assi por esta orden, è forma, è manera sucessiuamente en todos los sus fijos, è descendientes dellos, toda via el fijo varon mayor, legitimo, è natural, nacido de legitimo matrimonio: è assimesmo en los descendientes del dicho don Iuan de Ribera, è de las otras personas de suso declaradas à fallecimiēto de la linea del dicho don Alfonso, è de sus descendientes, como dicho es.* Iuntando con esto lo que diximos en la exposiciō de la dicha clausula 29. nu. 144. cum sequent.

Y la clausula 15. plana 120. del memor. linea 11. y la 16. linea 18. y la clausula 17. en la linea 22. y la clausula 18. en la linea 25. de la misma plana, se han de recebir en el mismo sentido, como se declara en la clausula 18. al fin della: *Toda via por la orden, è forma suso, è yuso dicha.* Y destas palabras vsa en las clausulas siguientes, y en las precedientes, para dar à entender, que la orden y forma q̄ dio en la descendencia de don Alfonso, se ha de guardar en los demas llamados: y para quitar toda duda, repitio esto mismo al fin de la clausula 29. que acabamos de ponderar. *Nu. 301. Y a las clausulas 15. 16. 17. y 18.*

Vnde non sunt obstaculo Tiraquel. de iure primogeniorum, quæst. 10. num. 25. Molin. lib. 3. cap. 5. num. 71. Gama decis. 355. aliàs 354 *in causa*, nu. 7. Cabedo decis. 208. nu. 1. & 2. part. 1. Burgos de Paz in proœmio legum Tauri, num. 122. Gutierrez consi. 13. num. 14. Velazquez de Auendaño in l. 40. Tauri, glossa 9. num. 39. & 40. Surd. consil. 316. num. 11. & 12. volum. 3. Casanate consil. 38. num. 14. & 15. & alij, quibus aduersarij innituntur, quia hi omnes de his primogenijs agunt, Que iuxta iuris communis dispositionem constituta sunt, alia *Nu. 302. Respondese a los autores alegados en contrario: que hablan en mayorazgos regulares.*

non apparente testatoris voluntate manifesta, aut subintellecta, vel semota agnationis expressa, seu tacita cõtemplatione: quibus in casibus absque discrimine fatentur, remotiorem agnatum proximiori fœminæ esse præferendum. Et ideo concludit Molin. dict. lib. 3. cap. 5. nu. 71. ad fin. his verbis: *Quod nisi ex alijs vocationibus, seu coniecturis, seu ex ratione conseruandæ agnationis expressa, vel subintellecta aliud comprehẽdatur, verum mihi videtur.*

Segunda oposicion del consejo 21. de Oldrado.

Num. 303. Oponen del cons. 21. de Oldrado por las palabras de la clausula 29. E si el dicho su hijo mayor non ouiere fijos varones.

PARA Hazer este mayorazgo regular tambien se valen el Duque de Pastrana, y Conde de Salinas, de la clausula 29. ibi: *E si el dicho su fijo mayor nõ ouiere fijos varones, quiero, è es mi voluntad, que aya la dicha villa, ê logares el su fijo segundo mayor, &c.* Y dizen que esta condicion faltò, por auer tenido hijos varones el hijo mayor de don Alfonso, Oldrad. cons. 21. num. 1. & 2. Baldus in l. vltima, num. 63. & 64. C. de hæredib. instituend. Purpurat. cons. 103. num. 5. volum. 1. Bursat. cons. 51 numer. 37. volum. 1. Menoch. cons. 327. nume. 91. volumin. 4. Marcabrun. consil. 10. num. 21. Hippolytus Rimin. cons. 246. num. 11. volum. 3. Hondedeus cons. 60. num. 40. & 41. volum. 1. Surdus cons. 448. num. 11. cum sequentibus, volum. 3. & decis. 144. num. 13. & 14. Caualcan decis. 15. nume. 1. cum sequentib. part. 3. Petr dea fideicommis. quæst. 9. nu. 154. cum sequentib.

Nu. 304. Respondese, què habla en fideicõmissos teporales, y no en mayorazgos.

Aunque estos, y otros muchos autores han seguido à Oldrado: hi omnes eius responsum ad temporalia fideicõmissa pertinere contendunt, non autem ad ea, quæ perpetuo vinculo sunt colligata. Quare in perpetuis fideicommissis, seu in maioratibus conditio illa, *Si sine liberis decesserit*, tractum habet successiuũ, & cõtinuationẽ in omnibus substitutionibus, adeò vt nulla substitutio deficiat per existentiam liberorũ, Molin. lib. 1. cap. 6. num. 18. & 19. Mieres 2. part. quæst. 52. Gama decis. 224. aliàs 225. *Catherina* per totam, præsertim nu. 12. cum sequent. vbi firmat ita fuisse decisum in Senatu Lusitano, & ibi additio plures eiusdem sententiæ authores congerit, subijciẽs Oldradi consilium non obtinere, quãdo testator se velle maioratum

tum instituere expresit; vel quando ex coniecturis constat, perpetuam esse disposicionem, ad cuius finem consequendũ, opus est conditionum repetitione. Y estos autores que entendieron la naturaleza de los mayorazgos de España, passan esta conclusion por indubitable, y sin controuersia.

Los que la ponen son los autores estrangeros, que no tratan destos mayorazgos, sino de fideicommissos, que por su naturaleza son temporales, y no perpetuos: y la disputa no cae en el fideicommisso que se confiessa ser perpetuo, sino sobre si por conjeturas se induze perpetuidad, y quales han de ser estas conjeturas, ne conditio susceptis liberis defecisse dicatur.

Y en este punto, vera & communis sententia est, quòd quãdo quis suæ familiæ prospicere voluit, & prohibuit bonorum alienationem ad plures substitutionum gradus digressus, inde depromitur manifesta voluntas fideicommissum perpetuum inducens, ita vt liberorum susceptio conditionis defectum non inducat: & hoc non obstante dispositio ipsa per omnes substitutionum gradus robur obtineat. Quod quidem præter eos, quos paulò ante adduxi, & alios ab eisdem congestis, pluribus etiam relatis agnoscunt, Guido decis. 531. per totam, vbi dicit, ita fuisse iudicatum in parlamento Delfinatus. Crotus in l. filius familias, §. Diui, num. 123. ff. de legat. 1. Decius cons. 477. num. 3. volu. 2. Parisius cons. 90. num. 39. cons. 75. num. 6. lib. 2. Ruinus cons. 178. numer. 14. lib. 2. Socin. Iun. cons. 68. num. 28. lib. 3. Alciatus cons. 604. numer. 4. vbi testatur se ita vidisse iudicatum. Crassus de successionibus, §. fideicommissum, quæst. 8. numer. 1. & 2. Achiles Personalis de adipiscenda possesione, num. 214. Marzarius consil. 4. & 6. per totum, cons. 7. numer. 10. Decian. cons. 31. numer. 172. volum. 1. cons. 44. numer. 20. volum. 3. Surdus cons. 96. num. 34. lib. 1. Riminald. cons. 464. num. 20. volum. 4. Menoch. cons. 350. per totum, lib. 6. Rusticis post tractatum de liberis in conditione positis, cons. 1. nu. 16. & 39. cum sequentibus. Thesaurus Pedemontan. decis. 96. num. 34. vbi sine dubio hanc esse magis communem opinionem, eamque Senatum semper fuisse sectatum attestatur. Caucta cons. 935. num. 10. vers. *voluntate*, cum pluribus numeris sequentibus, volum. 5. Petra de fideicommisis, quæst. 9. nu. 235. Turretus cons. 81. numer. 43. cum sequentib. lib. 1.

Nu. 305. Ni en fideicommissos perpetuos.

Quare

Num. 306. Los autores q̃ dizen, que espira el fideicõmisso dexando hijos, hablan quando no ay conjeturas que le hagã perpetuo.

Quare non obstat Alex. consi. 139. volum. 6. Ias. consi. 51. & 56. volum. 3. Ruin. consi. 153. num. 5. volum. 2. Decius consil. 217. num. 6. cum sequentib. consi. 290. nu. 5. cons. 377. nu. 1. cũ sequentib. Cephal. consil. 269. num. 11. cum sequentib. volum. 2. consi. 544. num. 8. vsque ad 19. volum. 4. Gabriel consil. 111. num. 16. & 17. volum. 1. Antonius Gabriel lib. 4. communium, titul. de fideicommissis, conclus. 8. num. 6. Peregrin. de fideicõmissis, artic. 29. num. 37. 38. & 39. Bertazolus ciuili, consil. 69. numer. 8. Sfortia consil. 67. quia prædicti Doctores ex defectu conditionis fideicommissum extingui assueuerant, non ob aliam rationem, nisi quod in ea fuerint opinione, quòd coniecturæ non adeò vrgentes in propositis casibus contigerint, vt ex eis decerpi valeret institutoris mens, volentes fideicommissum perpetuum inducere, latè tradunt Hondedeus consil. 60. volum. 1 Botta consil 50. Decian. cons. 64. volu. 4. Bimius consi. 2. num. 60. & 61. Bursatus consil. 237. volum. 3. Caualcan. decis. 5. num. 17. & 20. cum alijs, part. 3. decis. 230. sacri palatij, part. 2. Fuluius Pacianus cons. 124. post plures alios, quos ipsi longa serie recensent. Et quamuis Peregrinus dict. artic. 29. num. 27. cum sequent. hanc quæstionem copiosè discusserit: tamen num. 30 cum sequentib. indubitatum esse tradidit, quòd quando filij, & descendentes masculi non solum fuerunt in conditione positi, sed etiam dispositiuè vocati, & fideicommissum est perpetuum, & successiuum, nec ambigi potest de voluntate testatoris, quòd voluerit fideicommissum de vno in alium perpetuò deuenire, Oldradi consilium locum habere non potest, sed resolutio superiùs relata.

Num. 307. Las substituciones q̃ el derecho suple, han de ser con la misma calidad que las expressas.

Y las substituciones que despues se siguen por voluntad del fundador, y ministerio del derecho, subministradas por la naturaleza perpetua de los mayorazgos, no han de ser de diferẽte condicion que son las expressas, y formales que concibio el testador, sino de la misma calidad y suerte, sin distincion ni diferencia alguna, y sin que se pueda dezir, que los llamamientos han de ser regulares: Porque esto seria derechamente impugnar la voluntad del fundador del mayorazgo, cui subueniri ratione iuris innixi relati authores decreuerunt. Substitutio enim facta filijs institutis, *Si deceßerint sine filijs masculis*, concurrentibus coniecturis ex verisimili mente testatoris, dicitur etiam facta nepotibus cum eadem qualitate, *Si decesserint sine filijs masculis*, Corneus cons. 146. volum. 2. Socinus

Iunior.

Iun.consi.1.nu 70.vol.1.Simon de Prætis consi.167.nu. 37.Paris.consi 75.nu.62.cum sequentibus,vol.2.& ita positi in conditione vocati censentur à testatore per fideicommissum, vt agnoscit idem Oldradus eodẽ consi.21.in fine.Barbatia consi. 55.nu.4.cum sequentibus,volu.2.vbi dicit veriorem, & magis communem opinionem,Curtius Senior cõsi.51.nu.22.& 23. Y assi este llamamiento de los que se ponen en condicion,habet tractum successiuum:& positi in cõditione perpetuo vocati censentur, Molin.lib.1.cap.6.nu 2. y despues dellos todos los demas, por ser materia perpetua de mayorazgo, vt ostendimus numero.304.

Tercera oposicion.

De la propiedad de la palabra, varon, *y autores que se fundan en ella.*

PRetenden el Duque de Pastrana, y el Conde de Salinas, que en el llamamiento de varones esta el suyo: porque dizen; que por la propiedad de la palabra, *Varones*, se comprehenden los de hembra,como los de varones, y que siẽdo estos mas remotos,no han de tener prelacion: Para lo qual alegan muchos autores: *Num. 308 Pretenden, q̃ en el llamamiento de varones se cõprehenden los de hembras.*

La contraria opinion en nuestro caso es cierta, y comun, nempè,quòd appellatione masculorum veniant tantum masculi per lineam masculinam,non verò masculi ex fœminis descendentes: vt constat ex pluribus,quos superius recensuimus, nu.16.cum seqq.& nu.233.cum seqq & nu.282 cum seqq.imò Doctores in cõtrarium adducti hoc ipsum profitentur. Quod sigillatim ostendemus,discurriendo por cada vno dellos. *Num.309 Lo contrario es cierto, y respondese a los autores alegados en contrario.*

Fulgosius consi.85.agit de dispositione facta à fœmina: en la qual a falta de los llamados, y de los descendientes varones dellos,se auian de repartir los bienes entre pobres. Donde concurrierõ muchas conjeturas por los varones de hembra: nempè,ser muger la testadora:no auer agnacion entre ella, y los llamados: Y tampoco poderse considerar respeto del substituto, que eran los pobres,que no tenian llamamiento las hembras: y que en su caso no se admitir los varones dellas,era acrecẽtar el odio,quedando exclusas no solo las mismas hembras, sino tambien los varones dellas. Por todo lo qual afirma,que en aql *A Fulgosio.*

caso los varones de hembras tenian por si la natural equidad. Pondera asi mismo Fulgosio, q̃ eran reos, y posseedores: y con todo esso tuuo el negocio por tã dificultoso, q̃ aconsejo quese cõcertassen. Y no era la pretensiõ del varõ de hẽbra excluyr ag nato alguno, sino ser el admitido antes q̃ el hospital substituydo: y era fauor de los llamados, q̃ se admitiessẽ los descẽdiẽtes varones, aunque de hẽbras, antes que el substituto estraño.

Num. 310. A Paulo de Castro. Paul. de Castr. in l. 1. n. 3. C. de cõditio. inserr. reijcitur ex communi opinione, quę docet: ꝙ quãdo institutio, vel substitutio incipit à masculo, descẽdẽtibus masculis post eũ substitutis, veniũt masculi ex masculis, nõ verò masculi ex fœminis, nisi institutio, vel substitutio à fœminis initiũ sumat, quo casu in cõtrarias itũ est sentẽtias, vt post Ricard. de Malumb. & Ioan. Andr. & alios discutiũt Manti. de coniect. vltima. volunt. lib. 8. tit. 18. nu. 11. 16. & 17. Pute. decis. 175. li. 2. Grat. consi. 5. n. 86. & consi. 120. nu. 36. & 37. versi. *Vltimo inficiari nõ potest*, li. 2. Ruy. cõsi. 110. nu. 14. lib. 2. Soci. Iun. consi. 108. nu. 31. & 32. vol. 2. Cephal. consi. 251. nu. 48. cum seqq. vol. 2. Paul. de Monte Picho consi. 96. nu. 122. versi. *Non obstat*, Gerard. Mazol. consi. 6. nu. 9. Hippoly. Rimi. consi. 23. nu. 82. & 83. vol. 1. consi. 327. nu. 26. versi. *Non omitto*, vol. 3. Decia. consi. 127. nu. 10. 17. 20. & 24. vol. 3. Caualca. decis. 18. nu. 88. versi. *Sexto*, & alij plures, quorum supra meminimus nu. 233. 244. 253. cũ seqq. Imò idem Paul. sibi contrarius cõmuni adhęret, in l. Gallus. §. nũc de lege. n. 6. ff. de liber. & posthu. vbi opinionẽ Ricard. de Malumb. & Ioã. Andr. sectatur: pro qua dicit, se cõsuluisse, ipsemet Paul. in l. sed si hac, §. liberos, n. 2. ff. de in ius vocãdo, vbi loquitur in substitutione facta filio masculo instituto sub cõditione: *Si sine filijs masculis decesserit*, quam dicit, non deficere per existentiã nepotis masculi ex filia. Y como estamos en caso de instituciõ, y substicion, que empeçaron de varon, non dubium est, ꝙ in his gradibus non pateat locus masculis ex fœminis.

Num. 311. A Socino. Socinus in l. Gallus. §. nunc de lege, nu. 10. & in l. cum auus, nu. 82. tunc admittit masculos ex fœminis, quando post has illi substituuntur: & ideò ad rem hanc non pertinet.

Num. 312. A Molina. Molina lib. 3. cap. 5. nu. 45. & 48. si bene subducta ratione expendatur, instituto nostro adstipulatur, vt constat ex num. 37. d. cap. 5. ibi: *Non obstat si dicatur, quòd institutor maioratus potuerit moueri alijs rationibus ad masculorum vocationem, quàm ob rationem conseruandæ agnationis: nam illud*

verum

verum est, ad hoc, vt sciamus, ex hac ratione non expressa nõ posse sumi argumentum exclusionis fœminarum vltra casus, vbi institutor verbũ, masculis expressit, si in alia parte de fœminis meminit, vt infra isto capite, septima conclusione dicemus: sed ad hoc, vt in casu, quo expressit verbũ, masculis, ex eo non censeatur fœminas remotiores excludere, nihil refert, quod alijs rationibus ad id efficiendum adduci potuerit: tũ quia sub verbo, masculis, nulla fœminarum vocatio cõprehenditur: tũ etiã quia & si ad hoc alijs rationibus moueri potuerit, hac ratio conseruandæ agnationis ad id efficiendũ præcipua est, ideoque potiùs attendenda, & consideranda erit. Nõ igitur negat Molina, quin vocatis masculis descendentibus ex filijs masculis, propterea, quod post deuen tũ sit ad vocationẽ fœminarũ, habeatur ratio cõseruãdæ agnationis in illa, seu illis substitutionibus, vbi vocati fuerunt filij masculi, & eorũ descẽdentes masculi: imò fatetur, hãc esse pręcipuã rationẽ talis vocationis, seu substitutionis: & solũ negat, extẽdi hãc rationẽ ad alias substitutiones, vel casus omissos. Y juntando esto cõ lo q̃ dize en el nu. 50. resuelue lo mismo q̃ defẽdemos. Nã id, quod nu. 50. affirmat, nẽpe agnationi non dici prospectũ, quoties in aliqua parte vocãtur fœminæ, intelligendũ est ex his, quę dixit n. 37. de absoluta, & indefinita ratione cõseruandæ agnationis, non tamen de præfinita, seu restricta ad illos gradus, seu substitutiones, vbi testator vocauit filios masculos, & eorum descendẽtes masculos: in illis enim fatetur, ex vocationę, seu substitutione descẽdẽtiũ masculorũ ex filijs masculis colligi tacitã rationẽ cõseruandę agnationis, & asserit, hanc esse pręcipuã. Idẽ insinuat Moli. in exẽplis, quæ subijcit, nu. 48. & 49. vbi tantum loquitur in duabus illis limitationibus, videlicet, quãdo substitutio, vel institutio incipit à fœmina, vel disponẽs est fœmina: nõ autẽ loquitur, quãdo testator est masculus, & institutio, seu substitutio incipit à masculo, & post eũ vocantur descendẽtes masculi. Quod & confirmat idem Molina eod. c. 5. nu. 50. ibi: *Secundo, quòd censeatur habita ratio agnationis quoad solas personas vocatas, non autem, vt ex earum vocatione possimus eam dispositionem ex ratione considerationis agnationis extẽdere ad alios non vocatos, quod ex verbis scribentiũ, quos paulò ante citauimus, comprehenditur.*

Velazquez de Auend. in l. 40. glo. 9. nu. 73. & 74. eadem ratione innititur, vt declarat d. num. 74. *Num. 313. A Auendaño.*

Guido

Num. 314. *A Guido Papa.* Guido Pap.decis.612.tractat. de substitutione simul facta tã filio, quã filiæ, si ambo sine filijs masculis decederent: Y assi del adjunto de la hija tomò interpretacion la substitucion hecha al hijo. Y el mismo en la decisiõ 133. tiene cõtra el varõ de hembra en disposicion hecha por padre en hijo, con llamamiento de sus descendiẽtes varones. Et quamuis consi. 176. in 4. dubio pro masculis ex fœminis responderit: egit tamen de donatione concepta sub conditione, vt si donatarius sine liberis masculis moreretur, donatio ad donantem reuerteretur: quæ cum in fauorem donatarij plenissimè debeat interpretari, cap. cum dilecti. 6. de donation: propterea Guido Pap. masculos ex fœminis admisit, ne facilius extinctis masculis ex masculis donatio ad donantem rediret. Et præterea ibi non agebatur de excludẽda filia, aut alia persona dilecta à testatore, sed de sola admissione masculi ex fœmina in præiudicium domini, qui feudum donauerat: cõtra quem in dubio fieri debet interpretatio, ita explicat Menoch. cõsi. 172. n. 37. vers. *Nõ obstat etiã*, vol. 2.

Num. 315. *A Rubeo.* Rubeus consi. 22. nu. 11. versi. *Quartus casus*, loquitur, quando sunt institutæ filiæ, quibus sunt aliæ filiæ substitutæ sub conditione, si institutæ decesserint sine liberis masculis, & in eodem consi. nu. 10. versi. *Tertius casus*, contrarium profitetur, quando masculus est institutus sub eadem conditione, prout in hac specie, ibi. *Tertius casus est, vbi sunt instituti fratres testatoris, & si decesserint sine liberis masculis, sunt substitutæ filiæ ipsius testantis: & isto casu filij masculi ex filiabus fratrũ ipsius testatoris, & sic nepotes ipsorum testatoris fratrum non faciunt deficere conditionem fideicommissi.*

Num. 316. *A Alciato.* Alciato consi. 113. & 563. secundum antiquam impressionem, & secundum nouam, consi. 15. lib. 8. consi. 104. lib. 9. que fueron sobre vn mismo caso, tuuo en fauor de los varones de hembras: porque la donacion de que alli se trata, comprehendiesse mas personas, antes de boluer a los herederos del donador: y no auia otros substitutos, ni las hẽbras teniã llamamiento, ni era la cõpetencia entre ellas, y los varones: y cõ todo esso la principal põderaciõ q̃ haze, es, q̃ las palabras que llamauã los varones, erã geminadas pro se, suisq; masculis, & etiam descendentibus masculis, q̃ eran bastantes para comprehender los vnos, y los otros. Y el mismo Alciato consi. 127. lib. 9. lo dixo, en caso, que en las siguientes substituciones auia llamamiento expresso de varones de hembras.

Ruy-

Ruinus, conf. 120. lib. 1. aconsejò en el mismo caso, que Al ciato en los dos consejos referidos, y tiene, que a falta de varo nes auian de boluer los bienes a los donadores. Y en el nu. 12. ad fin. vers. *Et si dicatur*, & nu. 13. considera, que si no huuiessen de suceder varones de hembras, se daua lugar a que sucediessen herederos estraños, en cuya competencia auian de ser admitidos los varones de hembra: Y esto no toca à nuestro ca so. Imo idem Ruinus, conf. 18. nu. 4. & 5. vol. 3. contrariū probat, in statuto loquens, quòd appellatione descendentiū masculorum veniunt tantum masculi descendentes per lineam masculinam: & nu. 8. vers. *Non obstat insuper*, & nu. 9. dicit, hoc procedere, etiamsi in statuto cesset ratio conseruandæ ag nationis. Et quanuis conf. 40. lib. 1. in contrariam sententiam deflectere videatur, esto tuuó en vna liberacion hecha a vno, y a sus descendientes varones: quibus non existentibus libera tio nullius esset momenti. Fundase, en que la stipulacion desta liberacion fue, vt hæredibus: y que el nieto de hija, de quien se trataua era heredero, y assi le comprehendia la liberacion: vt patet d. conf. nu. 6. vers. *tertio*. Y assi en aquella manera de li beracion dize, que no se considera la agnacion, sino la varonia con calidad de heredero: y si no concurriera la calidad de heredero, no bastara auer sido contrato el de la liberacion: quia etiam in contractibus masculorum mentio ad descendē tes tantum per lineam masculinam pertinet, Speculator, & alij plures relati per Peregrinum de fideicōmiss. art. 26. nu. 8. qui eodem loco nu. 3. refert etiam plures, qui in statuto dicūt, appellatione descendentium masculorum solum venire descendentes per lineam masculinam. Et quidquid sit in contractibus, & statutis, in vltimis voluntatibus constat esse magis cō munem opinionem, solum venire descēdentes per lineā masculinam, Peregrinus supra nu. 15. Num. 317. A Ruino.

Beroius, conf. 120. lib. 2. aconsejò en mayorazgo instituydo por marido y muger en pactos matrimoniales, para que sucediesse su hijo mayor varon, y sus descendientes de mayor en mayor, sin repetir la palabra, *varon*: Y assi tiene, que no solo se comprehenden varones de varones, y varones de hembra, sino tambien las hembras: considera, que concurriò muger en la fundacion: y que auia estatuto, vt instrumenta secundum literam intelligerentur, vt nu. 59. & in alijs numeris: y en el nu. 65. tiene, que quando el fundador es varon, que funda en va- Num. 318. A Beroio.

 ron,

ron, el llamamiento de varones, comprehēde los de varones, y se presume cōseruacion de agnacion. Y en este mismo caso fue el consejo 8. de Alciato, lib. 9.

Num. 319. A Mandelo Albense.

Mandelus Albensis, cōs. 85. lib. 1. hablò en los varones puestos en cōdicion, y no tratò si estauā llamados, vt constat nu. 5 ad fin. ibi: *Quia hic nō contendimus, eum esse vocatum ad fideicommißum, sed dumtaxat dicimus, quòd quandiu extant aliqui ex descendentibus positis per testatorem in cōditione, quanuis sint in gradu remotissimo, nocent substitutis, & operantur defectum conditionis, &c* Et num. 4. & 5. addit, quòd quanuis ex proprietate sermonis appellatione masculi veniat masculus ex fœmina: hoc tamē limitatur ex materia subiecta, vt si agatur de feudo: vel sit contemplata agnatio: vel mens disponentis resistat. Y aunque este autor regularmente tuuo por comun, que vienen los varones de hembra: decipitur tamen, quia contraria sententia crebrior est, Grassis commun. sentētiarum. §. fideicommissum, quæst. 35.

Num. 320. A Mantica.

Mantica, de coniectur. vltimarum voluntatum, lib. 8. tit. 18. nu. 20. no contradize nuestro intento: porque va discurriēdo en el punto desde el num. 11. en vn caso, que vn padre instituyò a sus hijos varones, y substituyò los descendientes varones dellos: y a falta de todos substituyò sus hijas propias, y los suyos: y a falta dellas, las hijas de los hijos del testador. Faltaron todos los varones de varones, y por su falta llegò la sucesion a las hembras, hijas del testador: y en ellas tambien faltaron los varones de varones inmediatos, sin embargo de que auia varones mediatos descendientes de otras hembras: y era la competencia entre vn varon de hembra, descendiente de hija del testador, con hembra descendiente de los hijos varones: defiende Mantica, que en el llamamiento de las hijas, y descendientes varones, quedaron comprehendidos todos los varones, haziendo fundamento, en que llegando la sucesion a las hijas, en la descendencia dellas no auia consideracion de agnacion: y assi en el num. 17. confiessa, que la huuo, y que se deuio guardar en el llamamiento de los hijos, y de los descendientes varones dellos. Y con todo esso, aun en el caso en que aconsejò Mantica, tuuieron contra el Cephal. consil. 581. volum. 4. Menoch. consil. 172. volum. 2: y se sentenciò por ellos contra Mantica, que la varonia en la descendencia de las hi-

jas

jas auia de ser continuada, sin interponerse otra hembra, vt diximus num. 244.

Rota Romana diuersorum, decis. 15. nu. 1. p. 2. es muy diuersa deste caso: porque la contienda alli era entre vn varõ de varon, clerigo de menores ordenes, y otro de hembra sacerdote, sobre vna institucion de vn aniuersario, en que los fundadores prefirieron el varõ a la hembra, y el mayor al menor, y el clerigo a todos los llamados, y vsaron destas palabras, *Et magis idoneo.* Y se resoluio, que el varon de hembra, porque era sacerdote, auia de suceder, como persona en quien concurrian las tres calidades de varon, mayor, y clerigo presbitero. Y aunque el varon de varon era clerigo, no era sacerdote: y por el consiguiente tambien se verificauan aquellas palabras, *Magis idoneo*: quia ratione sacerdotij erat magis idoneus masculus ex fœmina. Y la misma decision confiessa ser cierto lo que defendemos: nam nu. 2. ita inquit. *At in casu nostro nõ agitur de feudo, nec de maioricata, vt mox dicemus: nec habita fuit ratio ad conseruandam agnationem, vt iam resolutũ fuit: nec constat de expreßa mente disponentis: meritò, &c.* Y por toda la decision se va cõ este presupuesto. Y el mismo assumpto lleuò la decision 6. nu. 1. & 2. diuersorum, part. 1. videlicet, quãdo non est contemplata agnatio: nec mens testatoris repugnat: & decisio 150. nu. 8. & 9. part. 2. quæ nu. 8. vers. quartò. Ita inquit: *Quia fundator vocauit simpliciter proximiorẽ consanguineũ, nec vllam fecit mentionem de descendẽtibus ex linea masculina: imo credendũ est, eum noluiße facere differentiã inter descendentẽ ex linea masculina, vel fœminas: cũ non simus in materia feudi, vel maioricatus, vel conseruationis agnationis, vel alia simili, nec aliter constet de expreßa mente fundatoris: sed sumus in materia, quæ videtur solum requirere, vt proximior consanguineus sit masculus, &c.*

Num. 321. A la decision de Rota.

Gama, decis. 294. *Antonius*, trata de vn caso semejante al de la decision de la Rota 15. part. 2. y sigue el mismo dictamen.

Num. 322. A Gama.

Peregrinus, consil. 3. num. 13. volum. 1. & de fideicommiss. artic. 26. num. 12. & 13. procedit, quando attenditur nuda masculinitas, non agnatio.

Num. 323. A Peregrino.

Menochius de præsumptionib. lib. 4. præsumpt. 85. nu. 3. de eo casu agit, quando pater filias hæredes fecit vniuersales, &

Num. 324. A Menochio.

& earum vna decedente sine filijs, ei substituit filium, non autem substituit aliam ex filiabus: & resoluit, neptem ex filia succedere, & non substitutum. Que fue lo mismo que dixo Socino in l. cum auus, num. 82. ff. de conditio. & demonstrat. & in l. Gallus. §. nunc de lege, num. 10. ff. de liberis & posthum. Quē sectantur Rubeus, consil. 42. num. 11. Socin. Iunior, cons. 2. nu. 12. vol. 2. Y de lo que dizen estos autores concludit Menoch. d. nu. 3. ad fin. ibi: *Quod licèt, quando fit mētio de liberis masculis, non contineantur masculi ex fœminis: ex quo agitur de conseruanda agnatione, & familia: attamen quando fit mētio de masculis ex fœmina, continētur etiam ipsæ fœminæ: ex quo hoc casu cessat ratio illa conseruandæ agnationis. l. quoties. C. de suis & legitimis hæred.*

Num. 325. A Hondedeo. Hondedeus, consil. 8. nu. 19. vol. 2. agens de masculo fœminæ præferendo, ita inquit: *Cum etiam masculi descendentes ex fœmina contineantur in dispositione admittente masculos, si illi pro conseruanda agnatione non fuerint vocati.*

Num. 326. A Francisco Vegio. Franciscus Vegius, consil. 63. nu. 75. cum sequentib. antes tiene lo contrario, vt patet dict. nu 75. & nu. 77. versic. *Ergo à fortiori in casu nostro: quia Franciscus licèt descendens ex nepte fœmina, tamen est agnatus propter patrem, qui est agnatus Comiti Tancredo, debet admitti cæteris exclusis: nam ratio exclusionis per legem antiquam erat, quia descēdentes ex fœmina erant tantum cognati, vt dictis iuribus: sed in casu nostro Franciscus descēdens ex fœmina est agnatus: & sic cessat ratio exclusionis: ergo ceßat exclusio.* Y por todo el consejo va con presupuesto, que en feudos y casos en que se contēpla agnacion, no se admiten varones de hembra.

Num. 327. A Surdo. Surdus, cōsil. 308. nu. 2. vsque ad 18. vol. 3. y por todo aquel cōsejo habla en caso, en que no està contemplada la agnaciō: y el se declarò en los cōsejos 316. y 443. vol. 3. y cōsil. 475. vol. 4. dōde tiene por esta parte, que defendemos. Quod latè expēdimus supra nu. 257. cum sequentib.

Num. 328. A Pedro Cauallo. Petrus Cauallus, consil. 118. nu. 1. & 2. escriuio en caso, en que el testador auia dicho, quòd deficiētibus quibusdā lineis, bona peruenirēt ad eius sorores, & illarum descendētes masculos. Et quæstio vertebatur, an ad fideicommissum admitterentur descendentes masculi ex fœminis dictarum sororum? De manera, que estauan llamadas las hembras, y tras ellas sus varones, que era substitucion muy adaptada a los varones de hem-

hembras, que ſe auian de ſeguir tras ſus madres. Y tratando deſte punto, en que los varones de hembra tenian por ſi la letra; auiendo referido los mas de los autores que alegan las partes contrarias, à que ſe ha ſatisfecho, en el miſmo ſentido de lo q̄ reſpondemos, vt ipſe aperit num. 3. verſ. *Nec maſculinitatis qualitas*, vbi latè diſcutit, & in numeris ſequentibus, va ſiempre con la modificacion, quam ſubiecit num. 2. circa mediū, ſubdens hæc verba: *Et eſt magis communis opinio, & ipſa veritas, vbi aliud in contrarium non extat, putà vel ſubiecta materia, vt in feudo: vel fauor agnationis: vel mens diſponentis, &c.* Quod & repetit num. 3. in princip.

Quarta opoſicion.

De las palabras vniuerſales de la clauſula 29. ibi.
Faſta que non aya perſona alguna, &c.

PARA Dar llamamiento a los varones cognatos de la linea del hijo mayor de don Alfonſo, por cuya cabeça pretenden el Duque de Paſtrana, y Conde de Salinas, ponderā aquellas palabras de la dicha clauſula 29. *Faſta que non aya perſona alguna, deſcendiente por linea recta de ſu fijo mayor, para que toda via lo aya el deſcendiente varon mayor*, diziendo, que es lo miſmo que ſi dixera: *Faſta que no àya varon alguno deſcendiente por linea recta de ſu hijo mayor*, en que pretenden eſtar comprehendidos los varones de hembra, en virtud de la palabra, *Alguna*: que por ſer diccion vniuerſal, comprehende todas las eſpecies, Geminianus conſ. 29. num. 2. Socin. in repetitione, l. ſi filius, numer. 28. verſ. *Qui textus*, ff. de vulgari. Tiraquellus in l. ſi vnquam, verb. omnia, nu. 14. & 41. C. de reuocand. donation. Y que aſſi ſe ha de entender de qualquiera varon, aunque ſea de hembra, Iaſ. conſ. 9. num 6. & 7. Socinus conſ. 10. num. 4. & 5. inter conſilia feudal. Bruni, Curtius Iunior. conſ. 1. num. 7. & 8. Socinus conſ. 2. num. 19. volum. 3. Surdus conſ. 317. num. 14. lib. 3. Peregrinus de fideicommiſſis, art. 26. num. 10.

Nu. 329. Oponen de las palabras de la clauſula 29. Faſta q̄ non aya perſona alguna, &c. *por ſer diccio vniuerſal, q̄ comprehēde todas las eſpecies.*

Para reſponder a eſta dificultad, conuiene traer à la memoria, lo que diximos en la expoſicion de la clauſula 29. y particularmente lo que aduertimos, à num. 135. 141. & 144. que eſtas palabras, *Faſta que non aya perſona alguna, &c.* que ſe puſieron

Num. 330. Mueſtraſe, q̄ en las ſubſtituciones de la clauſula 29. no ay lugar en q̄ entren varones de hembras.

sieron en la primera parte, respeto del hijo mayor de don Alfonso, despues de la exclusion de las hembras, estan repetidas respeto del hijo segundo, y tercero, y de toda la descendencia de don Alfonso, assi en particular, como en general en el hijo segundo, por aquellas palabras: *E los que del descendieren varones, toda via el varon mayor, por la manera que dicha es, en el fijo mayor, &c.* Y en el versic. *Ca es mi voluntad, &c.* se repite lo mismo; boluiendo à hazer mencion del hijo segundo, y haziendola del tercero. Y despues se sigue la regla general: *E assi por esta orden, è forma, è manera sucessiuamente en todos los sus fijos, è descendientes dellos, toda via el fijo varon mayor, &c.* Donde por regla general estan repetidas todas las calidades del primer llamamiento.

La razon deste presupuesto, ès, que la exclusion de las hembras, y el llamamiento de los agnatos, no solo se puso en la primera substitucion del hijo mayor, y sus descendiẽtes varones: sino tambien en la del hijo segundo, y los suyos: y en la del tercero, y los demas, hasta q̃ todos los descendientes agnatos se acabassen, y no quedasse persona alguna dellos. De q̃ se infiere, q̃ auiendo de ser estas substituciones cõtinuadas de vno en otro varon, por toda esta descendencia, acabados los agnatos descendientes del hijo mayor, la sucessiõ hizo transito inmediatamẽte en don Alonso Pacheco de Silua, varõ agnato, descendiente del hijo segundo de don Alfonso, sin q̃ ninguna hẽbra, ni varon de hembra, descendiente del primero, le pueda hazer cõpetencia. Y porque desto se tratò latamẽte en la explicaciõ de la clausula 29. solo se apunta aqui por presupuesto.

Num. 331. Y respõdese lo primero, que por ser mayorazgo de agnacion, no bastan palabras vniuersales para cõprehender cognatos.

Y con este se responde. Lo primero, q̃ siendo como es este mayorazgo de agnacion para todos los agnatos descendiẽtes de don Alfonso, ningunas palabras por generales, y vniuersales q̃ sean, puedẽ ser bastantes para introduzir los varones de hembras, entre la descẽdencia de agnatos: los quales constituyen vna linea de calidad de agnaciõ, continuada entre los mismos agnatos, vt ostendimus nu. 18. y 231. Y siendo el mayorazgo de agnacion, no niegã, ni pueden negar los Abogados cõtrarios esta conclusion: por lo qual dizen, q̃ no es de agnaciõ: y fundanse en la palabra, *alguna*, para q̃ no auiendo contemplacion de agnaciõ, en esta generalidad esten cõprehendidos los varones de hembra: y assi parece, q̃ si como tenemos prouado,

uado, el mayorazgo es de agnacion en las dichas ſubſtitucio-nes, eſta reſpueſta totalmente quita la dificultad: y los autores que en contrario ſe alegan, aconſejaron en caſos, en que no eſtaua contẽplada la agnaciõ, y donde auia palabras mas generales, y vniuerſales, como ſon, *hæredibus maſculis quibuſcũq;*.

Qua ratione, vt hæc verba, *perſona alguna*, agnationi deſeruiant, opus eſt, vt iuxta ſubiectam materiam, agnatos tantum complectantur. Nam verba vniuerſalia intra cancellos ſubiectæ materiæ continentur, & eius metas, aut naturam actus non egrediuntur, l. emancipari 36. ff. de adoptionibus, gloſſa, verbo, conditionis, in l. promittendo 42. ff. de iure dotium, gloſſa 1. in l. 1. C. de ſacroſanctis eccleſijs, gloſſa, verbo, ab omnibus, in capit. 1. de conſtitution. gloſſa verbo, quoquo, in cap. maximum 19. in ordine, 1. quæſt. 7. Geminianus ab aduerſarijs adductus, conſ. 29. num. 3. in fine, & num. 4. ibi: *Quia licet verba vniuerſalia ſint vniuerſaliter intelligenda, tamen debent reſtringi ſecundum naturam ſubiectæ materiæ, notat gloſſa in cap. 1. de conſtitut. & gloſſa in capit. dilecto, de ſententia excommunicationis, lib. 6. Nam dictio, quoquo modo, licet ſit vniuerſalis, tamen reſtringitur ad modos proportionabiles materiæ idoneæ, in qua exprimitur, vt eſt gloſſa notabilis, 1. quæſt. 7. cap. maximum:* quem allegat & ſequitur Tuſchus, litera D. concluſ. 243. nu. 6. tomo 2. pagina 606. idem Geminianus conſ. 96. num. 7. Baldus conſ. 67. *quia ex facto*, num. 1. ad fin. verſ. *Nec obſtat, ſi dicatur*, volumin. 3. Tiraq. lib. 1. de retractu, §. 1. gloſſa 7. num. 26. Eleganter Craueta conſ. 257. num. 8. lib. 2. Iacobus Berreta conſ. 12. num. 7. Franciſc. de Ponte conſ. 63. nu. 63. optimè Raud. de Analogis, lib. 1. c. 15. nu. 313. cum ſeqq. Beroius conſ. 43. nu. 20. vol. 2.

Num. 332. Verba vniuerſalia non egrediũtur naturam actus.

Et dixit Oldradus conſ. 148. num. 7. & conſ. 268. nu. 5. nullum verbum adeò eſſe generale, vel vniuerſale, quin ex conſideratione debitarum circunſtantiarũ debeat ciuiliter intelligi, & limitationẽ recipere, ex l. ſi mihi Mæuia. 90. §. fi. ff. de legat. 3 atq; ex alijs iuribus, Purpuratus in l. cũ quid, n. 26. ff. ſi certum petatur, Oſaſcus Pedemont. deciſ. 90. numer. 20. & deciſ. 168. aliàs 167. numer. 9. Neuizan. conſi. 40. num. 12. Hippol. Riminaldus conſ. 46. num. 103. lib. 1. pulchrè Calcan. conſ. 1. nu. 11. donde, aunq̃ defendia lo contrario, ſubiecit hæc notabilia verba: *Quia etiã verba vniuerſalia ampliãtur, & reſtringuntur, ſecundũ naturã cauſæ, vt habetur in c. exhibita, de iud. vbi*

Num. 333. Et limitantur ex debitis circunſtãtijs.

vbi per illa verba inquiras veritatem, non mandatur inquisitio, sed indagatio iudicialis: & sic secundum naturam causæ, verba sunt intelligenda, & hoc est verum non solum in iudicijs, sed etiam in contractibus, &c. Et dicit eam regulã esse Theologicam: & esse Philosophicam refert Ias. in l. stipulatio ista, 38. §. hi qui sunt, num. 6. ff. de verb. obligat. ex Aristotele, 1. Ethicorum docente, quòd tunc perfecte enunciamus, cum secundum subiectam materiam loquimur, Neuizan. cons. 92. num. 18.

Nu. 334. Verba generalia in feudo non cõprehendunt fœminas propter eius naturam.

Vnde Bald. cons. 330. *In hoc concordati*, num. 2. volum. 3. egregie respondit, quòd si feudum sit concessum generi communi, vt Petro, & hominibus de eius domo: vel generi promiscuo, vt Petro, & hæredibus: vel incerto generi, vt Petro, & eius descendentibus, non comprehenduntur fœminæ propter feudi naturam fœminas respuẽtem: & ideò verba communia, ac indeterminata determinari debent secundum naturam rei, & contractus: nam quod naturaliter inest, pro expresso habendum, quasi ipsa natura loquente. Et quamuis genus commune, & genus promiscuum prædicetur de masculo, & fœmina: hoc tamen est verum, vbi non occurrit ratio distinctiua, & subiungit hanc esse communem opinionem. Bursat cons. 131. num. 33. volum. 2. Menoch. cons. 1. num. 454. volum. 1. Crauetta cons. 965. num. 18. volum. 5. erudite Decian. cons. 58. nu. 12. cum sequentib. vol. 2. Et ideo licet verbum, *hæres*, sit commune, & prædicetur de masculo, & fœmina: tamen in materia feudali pro masculo tantum accipitur, capit. 1. §. similiter nec vassalus, de lege Conradi. Idem iuris est in appellatione liberorum, quæ quamuis sit latissima, & fœminas, ac masculos contineat, in feudis tamen, in quibus fœminæ regulariter nõ succedunt, eas non comprehendit, Alex. in l. in ius vocati, §. liberos, num. 41. ff. de in ius vocando. Y siendo este mayorazgo de agnacion, en aquellos grados en que està considerada, en que se incluye este caso, por su naturaleza solo admite los agnatos, y no las hembras, ni sus hijos, que son cognatos. Y assi las palabras, *Persona alguna*, se han de entender, conforme à la sugeta materia, de agnatos.

Nu. 335. Respondese lo segundo que estan en la parte executiua, y se han de

Lo segundo se responde, que las palabras, *Persona alguna*, no se pusieron en la parte dispositiua desta clausula, sino en la executiua: porque dize primero, que suceda el hijo mayor de don Alfonso, *e los que del descendieren, varones, e*

non mugeres, que ſon palabras que eſtan repetidas en todos los llamados en aquella clauſula; y ſon diſpoſitiuas. Y deſpues para mayor cõfirmacion, y que tuuieſſe mas cumplida execucion, poniẽdo el modo como ſe auia de executar, dize: *Faſta que non aya perſona alguna, &c.* Y añade el fin para que ſe puſieron eſtas palabras, ibi: *Para que toda via lo aya el deſcendiente varon mayor*, que ſe entiende de los que quedauan llamados en la diſpoſicion, para cuya conſeruacion ſe puſo eſta clauſula aceſſoria y executiua, ideò ad ſuum principale reſtringi debet. l. prædijs, 89. vbi Bart. nu. 1. ff. de legat. 3. Clement. 1. de præbend. latè Oſaſcus Pedemontana, deciſ. 164. aliàs 163. per totam, Hippol. Riminald. conſil. 18. nu. 52. vol. 1. copioſè Alexand. Raudenſ. conſil. 1. nu. 29. cum ſequẽtib. vol. 2. vbi nu. 41. in ſpecie ita inquit, *Nec refragatur dicta vniuerſalis, & ſui hæredes omnes, per quam videtur retorqueri hæc quinta reſponſio: nam eſt poſita vox, Omnes, in alia clauſula executiua pariter pertinente ad fauorabiliorem executionem, ſicque militant præcedentes reſponſiones.* Y tratando en el nu. 44. de la dotrina de Baldo in cap. 1. §. donare, num. 4. qualiter feud. alienari poſsit: y alegando otros muchos autores q̃ le ſiguen, ſubijcit nu. 45. quòd eſt indubitata concluſio Baldi, etiam adiecta clauſula, hæredibus quibuſcunque, vt non cenſeantur vocati extranei in materia, aliàs adhæredes tranſitoria, & reddit rationem, ibi: *Nam Doctores, qui reprobant hanc Baldi opinionem, loquuntur, quando forma feudi ſtat in hac clauſula, non autem quando eſt executiua: nam tũc non reprobãt Baldum loquentem ad fauorem deſcendentium, quorũ intereſt, naſci, ſeu dari actionem abſque aditionis medio; ſed ex ſola prouidentia.* Et nu. 48. ibi: *Sicque ſublato òbice dictionis omnis, qui etiam remouetur, quia fit reſtrictio ad ſubiectam materiam, Alex. conſ. 35. col. 4. verſ. Circa tertiam, lib. 4. Dec. l. 1. col. 7. circa medium. C. qui admitti, Angel. in l. inter omnes per illum textum qui ſatisdare cogan. Caſtrenſ. conſ. 371. præmittendum eſt ad euidentiam, col. 3. in fin. lib. 1. Crauet. d. l. 1. num. 63. de legat. 1. & ad ea, quæ ſunt de natura diſpoſitionis, cui adijciuntur Bald. conſil. 67. quia ex facto, col. 1. poſt medium, lib. 3. Calcan. conſil. 1. col. 15. poſt medium.* Et proſequitur nu. 49. cum ſequentibus.

Y el intento deſtas palabras executiuas, *Faſta que non aya perſona alguna, &c.* no es otro, ſino continuar perpetua ſuceſ- *Num. 336. Y declaraſe lo q̃ quiſo el fundador dezir en ellas.*

 ſion

sion de agnatos vno empos de otro, sine tẽporis præfinitione, para q̃ por todo el tiempo que huuiere agnatos, no puedã suceder cognatos. Porque de la misma manera q̃ las palabras dispositiuas, *varones, e non mugeres*, comprehendieron todos los agnatos, los comprehẽden asi mismo las dichas palabras executiuas, vt in terminis considerat idem Alex. Raudens. d. cons. 1. vol. 2. nu. 43. vers. *Itaque*, & nu. 44. in illis verbis, *Itaque sicut substantiuum intelligitur de descendentibus masculis, d. vers. & si cliẽtulus: ita etiam adiectiuum vniuersale respicit cõprehensionem omniũ masculorum descendentium absque aliqua coarctatione ad septimũ, vel ad decimũ gradum, sicque fuit adiectum respectu temporis, Decius in capit. in præsentia, sub nu. 48. vers. constat autem, de probationib. & in specie vltra Osascum, vbi supra istam responsionem præsupponit Deci. cons. 171. in causa venerabilium, & cons. 193. colum. penult. in fin. & in dict. capit. in præsentia, colum. 19. de probationibus.*

Y lo que quiso dezir el fundador, fue, que por el tiempo q̃ durassen los agnatos, corriesse la sucesion por ellos de vno en otro, sin que se admitiesse persona de otra calidad. Y porque en esto podia faltar la perpetuydad, refiriendose el fundador al tiempo de la duracion de los agnatos, dixo: *Fasta que nõ aya persona alguna descendiẽte por linea recta de su fijo mayor, para que toda via lo aya el descendiente varon mayor*: que fue lo mismo, que declarar el tiempo en que auian de suceder los agnatos: dictio enim, *vsque*, ad tẽpus refertur, Bart. in l. fin. §. 1. nu. 2. ff. ad Tertul. vbi docet, interim suspensas esse fœminas, donec extiterint masculi: quia dictio, *Quousque, quãdiu*, & similes, futurum tempus demonstrat, vt prohibitum ad tempus post tempus permissum esse videatur, vt in specie aduertit Bald. in l. 2. num. 5. C. de liber. præterit. cum alijs adductis in explicatione clausulæ 29. num. 131. Y como la intencion se endereçò a limitar el tiempo de la suspension de las hembras, respeto de los agnatos, no se puede entender, que quisiesse el fundador admitir cognatos en perjuyzio de las hembras suspendidas por los agnatos.

Num. 337. Dictio, vsque, ad tempus refertur.

Y asi la palabra, *Alguna*, no se puso para aumentar el llamamiento de varones, y comprehender con ella los cognatos, quorum antea non meminerat testator: sino para declarar, que los mismos agnatos, y cada vno dellos, auian de suceder

Num. 338. La palabra, alguna, no induze llamamiẽto de mas varones.

der por la orden de sus grados. Y que entretāto que los huuies-se, no se auian de admitir hembras, ni hijos de hembras, vt in terminis considerat Surdus, consil. 475. nu. 37. vers. *Sic clausula*, & nu. 38. vol. 4. his verbis: *Sic clausula illa, vel aliquo masculorum, intelligi debet de masculis, de quibus ante facta fuit mentio, vt dixi, & non extenditur ad masculos non vocatos, sed restringitur ad singularem personam ex multis vocatis: quia dictio, aliquis, iuncta generi, significat singularem vnam rem ex eo genere. §. præterea intestatus, institut. de fideicommiß. libertat. l. si debitor. C. de sententiam paßsis, declarat Tiraquel. in l. si vnquam, in verbo omnia, num. 5. Et ideo voluit dicere, si extant multi masculi ex masculis, vel vnus ex eis.*

Nu. 339. Respondese, que los cognatos estan llamados en la clausula 30. y 31. con que se prueua, que no lo estauan en la 29.

Lo tercero se responde, que las palabras vniuersales, no pueden comprehender los casos, a que no asiste la voluntad del fundador: y no solo no asiste en este caso, antes resiste, y es repugnante, y totalmente contraria al concepto que deduzen las partes contrarias de las palabras, *Fasta que nō aya persona alguna*, de la dicha clausula 29. Porque en las clausulas siguientes, que son la 30. y 31. estan llamados los varones de hembra: como tambien lo estan desde la clausula 4. hasta la 7. vt latè ostensum est in earum expositione. Y porque agora tratamos de la oposicion que se haze de la clausula 29. tomandola de las palabras referidas: dexando las primeras, acudiremos a las que se siguen, que son la 30. y 31. para mostrar por ellas, como mas cercanas, qual fue la voluntad del fundador en esta parte.

En la clausula 30. llamò el fundador a la hija mayor del hijo mayor de don Alfonso, para dar principio a la sucesion de los varones cognatos, que fue semejante llamamiento al de la clausula 3: Y pone en condicion los hijos varones de don Alfonso, que son los mismos que estauan llamados en la disposicion en la clausula 29. ibi: *Varones, e non mugeres*: Y tras esta hija llama en primer lugar a sus descendientes varones: Y prosigue la clausula 31. que si esta hija mayor no tuuiere hijos varones, e los tuuiere la hija segunda, que el varon mayor desta suceda. Y para proueer en todos los casos, y hazer substitucion general de todos los cognatos, dize: *E por esta misma via, e forma, lo aya e herede la dicha villa con lo que dicho es, el fijo varon mayor de las otras sus fijas, e descen-*

cendientes, e los descendientes del dicho don Iuan de Ribera, e de las otras personas por mi susodichas e declaradas a falle cimiento de la dicha linea del dicho don Alfoñ de Silua, e de sus descendientes por linea derecha.

Num. 340. Porque si se les da lugar inferior no se comprehendian en el superior, aunque aya palabras uniuersales.

Clara està la voluntad, de que los cognatos no estauan llamados en la clausula 29. porque quando se da inferior lugar al que podia comprehenderse en la substitucion antes hecha: con esto se declara, què no estaua comprehendido en aquella primera substitucion, vt ex multis ostendimus nu. 38. 39. 44. & 45. y num. 155. 166. & alibi sæpius: etiam adiecta vniuersali dictione, vt constat ex Papiniani responso in l. cohæredi, 41. §. qui patrem. ff. de vulgar. & pup. *Qui patrem* (inquit Papinianus) *& filium pro parte hæredes instituerat, & inuicem substituerat, reliquis cohæredibus datis post completum assem, ita scripsit, Hos omnes inuicem substituo: volūtatis fit quæstio, an commemoratione omnium patrem, & filiū substitutioni cohæredum immiscuisset? an eam scripturā ad cæteros omnes trāstulisset? quod magis verisimile videtur, propter specialē inter patrē, & filium substitutionē.* Ex quo textu, qui vnicus & singularis est, deducunt ibidē DD. vniuersalem, seu generalē substitutionem non esse trahendā ad specialē à testatore prouisam, quem in id expendūt Zanchus in l. hæredes mei. §. cum ita. ff. ad Trebel. pag. 6. nu. 217. & 221. Soc. cons. 62. nu. 8. vol. 3. Curt. Senior, cons. 63. nu. 11. vers. *secundò, & melius,* Ias. cons. 142. nu. 5. in princip. in antiqua impress. vol. 2. Cephal. consil. 433. num. 51. vers. *Nec sextum,* cum sequentibus, vol. 3. Surd. consil. 475. nu. 32. vol. 4.

Num. 341. Substitutio non compreheddit casum specialiter alibi prouisum.

Et ratio est, quia substitutio concepta in vnum casum non sortitur locum in alio, in quo est facta specialis prouisio: nam extensio fit ob coniecturatam mentem defuncti: præsumitur enim testator idem voluisse in casu omisso, quod in expresso: sed vbi testator in casu omisso prouisionem fecit, nō est verisimile, quòd in eo casu voluerit alium admitti, quā eum, quem ipse substituit, & illa extēsio inducitur à lege: & prouisio hominis facit cessare prouisionē legis, quā rationem reddit Socin. cons. 76. nu. 5. post medium, vers. *Et pro hoc facit,* vol. 3. candē sequitur Rippa in l. 1. nu. 98. ff. de vulgar. Itaque quando in alio casu fuit per testatorem facta specialis prouisio, tunc substitutio in vnum casum concepta non protenditur ad alium, ad quem porrigeretur, si non subesset specialis prouisio testa-

teſtatoris, Decius in l. precibus, nu. 1. poſt medium, verſi. *Secus videtur*, C. de impub. & alijs ſubſtitu. vbi dicit, quòd & ſi compendioſa ſubſtitutio regulariter vulgarem includat, hoc tamẽ reſtringitur, quando ſuper vulgari feciſſet teſtator ſpecialem prouiſionem, quem ſectatur Crauet. conſi. 98. nu. 16. vol. 1.

Num. 342. Y expendeſe vn lugar de Raudenſe ſobre esto.

Y aſsi eſtando llamados los varones deſcendientes de hembras en diferentes lugares, y clauſulas, no importa la diccion, *Alguna*, que ſe puſo en el llamamiento de los agnatos: porq̃ eſta no puede comprehender los cognatos, que tienen ſu llamamiento en otro lugar, & quibus ſpecialiter fuit prouiſum, Alex. Rauden. de Analogis, lib. 1. cap. 15. num. 313. & 314. ibi: *Et etiam vniuerſalis dictio, omnis, reſtringitur ad terminos ſubiecti, ſuper quo interponitur, Angel. l. quicumque per illũ textum, qui ſatisdare cogan. Alexand. conſi. 35. viſo proceſſu, ſub n. 10. verſi. Et attento, lib. 4. Præſertim cum reſpectu trãſuerſalis adſit diſpoſitio particularis, l. cohæredi. §. qui patrẽ, ff. de vulga. l. ſed et ſi prætorem, §. deinde adijcit, ex quib. cauſ. maior. cap. cũ dilecti, de donat. cap. inquiſitione, de appellat. Vegius conſi. 65. nu. 50. conſi. 74. nu. 147. 166. 469. Iaſ. conſi. 142. nu. 5. lib. 2. Curt. Sen. in eadem cauſa, conſi. 63. antiquiſsima, col. 11. verſi. Secundo. & melius Plotus conſi. 14 colu. penult. Cephal. conſi. 433. nu. 53. lib. 3. Gualdus in fideicommiſſo del Tonſo, cartha. 25. pag. 2.*

Num. 343.

Y como eſtà clara la voluntad del fundador, que quando da otro diferente lugar à algunas perſonas de las que ſubſtituye, no ſe entiende eſtar eſtas perſonas contenidas en otras ſubſtituciones, que las pudieran comprehender, ſino eſtuuieran llamadas en otro lugar, vt diximus nu. 340. Conſequẽs eſt, in hoc caſu, non nocere verba vniuerſalia, quæ ex verbis, & mente teſtatoris reſtrictionem admittunt, l. quæſitum. 76. §. 1. l. ſi chorus 77. §. 1. l. ſi mihi Mæuia, 90. l. hæres meus, 98. §. 1. ff. de legat. 3. l. generali, 32. §. vxori, ff. de vſuf. legat. l. pediculis. 34. §. cum quæreretur, ff. de auro, & argento leg. Crauet. conſi. 984. num. 48. cum ſequentibus, vol. 6.

Verba generalia ex verbis, & mente teſtatoris reſtrictionẽ accipiunt.

Quare generalia, ſiue vniuerſalia verba reſtrictionem recipiunt, quam diſponẽs adiecit, Bart. in d. l. generali, §. vxori, nu. 1. Ruyn. conſi. 20. nu. 2. vol. 1. ex quo idem Ruy. conſi. 18. nu. 8. vol. 3. reſpondit, quòd ſtatutum Brixienſe deferens ſucceſsionem, etiam fœminarum, quibuſcunque deſcendentibus maſculis, non comprehendit maſculos ex fœminis deſcẽdentes: quia

sequeretur absurdum, quòd exclusa matre, eius descendentes masculi includerentur, qua ratione potissimum innititur. Nã etsi illud statutum addiderat illa verba ex masculina linea, quę agnationi prospicere videbãtur, subdit tamen Ruyn. nu. 9. prædictam conclusionẽ procedere absque illa adiectione, & quãuis non sit considerata agnatio. Quod ita etiam firmarunt Peregrinus de fideicommiss. art. 26. nu. 4. Surd. consi. 475. nu. 34. vol. 4. Y como el fundador hizo diferencia entre los vnos, y otros varones, y declarò en esto su voluntad por las clausulas, de la manera que se han expendido, aunque huuiera vsado de palabras mas vniuersales, y en la disposiciõ principal, no se pudiera hazer otra interpretacion, resistente eius volũtate: cum appellatione etiam quorumcunque descendentium masculorũ, non veniant masculi ex fœminis, quando fœmina est exclusa, vt affirmãt prędicti autores. Y en nuestro caso concurre la exclusion de las hembras con absoluto llamamiento de varones agnatos.

Num. 344.

Respondese lo quarto, que el fũdador distinguio la linea de los agnatos de la de los cognatos, y los llamò en diferentes clausulas: y assi estos no se comprehendẽ en la substitucion de los primeros.

Lo quarto se respõde, que el fundador distinguio la linea masculina de los agnatos, de la linea femenina de los cognatos descendientes de hembra, como se ha expendido en las clausulas 2. y 29. que tratan de la linea de agnatos, y en la 4. hasta la 7. y en la 30, y 31. que tratan de los cognatos. Vnde ex indubitata mentis coniectura constat in prioribus gradibus, qui vocationem fœminarum, & descendentium ex eis antecellũt, masculos ex fœminis, non contineri, non alia ratione, nisi quòd distinctio illa, & substitutionum diuersitas demonstrat manifestam voluntatem testatoris discretiuè loquentis, primo de masculis ex masculis: postea verò de masculis ex fœminis, ex doctrina Baldi communi calculo probata in l. in multis, nu. 4. ff. de statu hominum. Quæ mens testantis perinde haberi debet, ac si claris verbis exprimeretur, ex traditis per Molinam, lib. 3. cap. 4. num. 39 & 40. Si enim antea masculi ex fœminis essent vocati, frustra post vocarentur, contra l. si quando, 112. ff. de legat. 1. In terminis eleganter Menoch. consi. 172. nu. 20. volu. 2. quo modo dispositio esset superflua, ac proinde inutilis, l. generali 32. §. 1. ff. de vsufruc. legato. Vitari enim debet superfluitas, l. fundus 24. ff. de fũdo instructo, l. quoties in actionibus 13. ff. de re bus dubijs, l. cum filio. 48. ff. de legat. 3. Mantica de coniecturis vltimarum voluntatum, lib. 3. titul. 6. num. 1. & 2. & lib. 6. titul. 1. num. 3. Ruyn. consi. 68. num. 8. & 9. volu. 4. Curt.

Iun.

Iunior conſi. 299. num. 7. volu. 3. Roland. conſi. 61. nu. 14. cum ſequentibus, vol. 3. Burſat. conſi. 173. nu. 26. & 27. vol. 2. Burgos de Paz conſi. 27. nu. 15. Pedrocha conſi. 40. nu. 334. cũ ſequentibus, eleganter iuxta huius caſus ſpeciem, Surd. conſi. 315. nu. 4. verſi. *Tertio*, & nu. 5. vol. 3. ita inquit.

Tertio demonſtratur, quia ſi illa verba, cuicunque verò ex eis decedenti ſine liberis, &c. intelligerentur etiam de nepotibus, & deſcendentibus teſtatoris, vtique alia ſequẽs clauſula, & ipſi liberi decederent ſine liberis, &c. eſſet ſuperflua: quia id ipſum iam fuiſſet expreſſum in clauſula illa, cuicunque verò ex eis, &c. ſed quia in præcedẽti clauſula intellexit teſtator ſolum de filijs ſuis, non de alijs deſcendentibus: ideó infra ponit de filijs filiorum decedentibus ſine filijs. Et ſumi debet ſemper interpretatio, per quam diſpoſitio nõ reddatur ſuperflua, Caſtrenſ. conſi. 175. nu. 4. vol. 1. & alios citaui conſi. 127. nu. 9. & ſeq. Cardin. Mantica de coniectur. vltimarum voluntatum, lib. 3. tit. 1. in principio. Ad quid autem poneret caſum, quando deſcendentes filiorum decederent ſine liberis, ſi ſupra ſubſtitutionem feciſſet quibuſcunque ſuis deſcendentibus, quandocunque ſine liberis deceſsiſſent.

Huc etiam pertinet Menoch. conſi. 205. nu. 33. vol. 3. ibi: *Sexto accedit, quòd teſtatoris diſpoſitio ita debet intelligi, ne ſit inanis & fruſtratoria, l. ſi quando, in princip. de legat. 1. & copioſè tradunt Feli. in cap. 1. nu. 4. de reſcript. & ibidem Ripa nu. 70. Alcia. de præſumptio. 34 nu. 5. vberrime Craue. in cõſi. 135. nu. 24. Atqui ſi hæ neptes Do. Georgij dicerentur cõtineri in linea maſculina ipſius domini Georgij, fruſtra teſtator ſubſtituiſſet filios maſculos fœminarum. Nam ex ipſarum neptum exiſtentia potuiſſet fortè dici, ſupereſſe lineam ipſam maſculinam: & tamen teſtator eo non obſtante vocauit filios maſculos fœminarum. Ergo hæ neptes domini Georgij dici non poſſunt, eſſe & contineri in ipſa linea maſculina ipſius domini Georgij.*

Num. 345. *Y lo cõtrario ſeria hazer la diſpoſicion repugnante, y que los cognatos fueſſen ſubſtitutos de ſi miſmos.*

Item contrarietatis, & repugnantiæ hæc diſpoſitio meritò argueretur, ſi prius vocati maſculi ex fœminis poſt vocarẽtur, & ſibi ipſis ſubſtituerẽtur nihil addito, vel de tracto: iuri enim maximè repugnat, ꝙ quis ſibi ipſi ſubſtituatur ſine cauſæ mutatione, non exiſtenti leniori, & magis vtili ſubſtitutione, l. ſed & ſi plures. 10. §. fi. l. vlti. §. Titius, ff. de vulgar. de quorum iurium intellectu egit Zaſius lib. 2. intellectum ſingularium, cap. 10.

Y como

Y como aqui no se muda la causa, ni ay variacion, ni mas vtilidad, antes menos, en dar inferior lugar a los que le tuuieran superior, si estuuieran llamados, no se puede dezir, que estãdo primero llamados los varones de hembra, se boluieron despues a llamar: y que acabados todos, hi, qui iam fuerant extincti, reuiuiscerent, & iterum ad successionem inuitarentur, quod quidẽ à rerũ natura, & à ratione prorsus abhorreret. Vnde ne in hanc repugnantiam, & contrarietatem incidamus, opus est fateri, in prioribus substitutionibus masculos ex masculis, hoc est, agnatos, tãtum cõprehendi. Repugnãtia enim ab omni interpretatione reijciẽda est, l. non ad ea. 88. ff. de condit. & demonstr. §. quibus in prima cõstitutione codicis, l. vnica. C. de inofficiosis dotibus, c. inter dilectos 6. vbi DD. de fide instrumẽtorũ, Bar. in l. fin. §. itẽ quæsitũ, nu. 4. ff. de cõdit. indebiti. Dec. in l. vbi repugnantia, nu. 4. ff. de regul. iur. subijciẽs, quòd distinguẽdo, in concordiã reduci debet dispositio, ne sibi ipsi contrarietur, vbi etiã tradit Cagnol. nu. 4. Ias. in l. 1. nu. 6. ff. de noui operis nuntiatione, Craue. consi. 327. nu. 310. vol. 2. consi. 964. nu. 9. vol. 5. Surd. consi. 357. nu. 24. vol. 3.

Repugnãtia ab omni dispositione reijciẽda est.

Num. 346. Seria contradicion, que con tal sentido los cognatos tuuießen mejor, y peor lugar, que sus madres.

Y tambien fuera notable contradicion, que estãdo llamados los varones de hembra por la clausula 29. antes que las hẽbras, se llamassen despues hẽbras, que tuuiessen primero lugar, que los descendientes varones dellas, q̃ estan llamados post substitutionem earundem fœminarum, como sucede en dos partes desta disposicion. La vna en la clausula 30. y 31. que se siguen a la 29. donde por la 30. està llamada la hija mayor del hijo mayor de don Alfonso, y sus descendientes, primero los varones, y despues las hẽbras. Y en la 31. estan llamados todos los varones de hembras: q̃ si antes estuuieran substituydos en la clausula 29. resultara de alli muy grande repugnãcia, y contrariedad: La otra nace de la clausula 3. con las siguientes, hasta la 7: porq̃ en la 3. esta llamada la hija de don Alfonso, y en las siguiẽtes los varones de hembras: los quales si tuuieran llamamiẽto en la segũda clausula, no huuiera para que llamarlos en las otras inferiores. Vnde ad vitandam contrarietatem, & repugnãtiam, dicendũ est, masculos ex fœminis anteà non fuisse vocatos: porque fuera monstruo dezir, que estos se prefiriessen a las hẽbras, y las hembras a ellos, sin que se pudiesse tomar pie en la voluntad del fundador: la qual està clara, en que en la clausula 2. y 29. no llamò los varones de hembra.

Qua-

Qua ratione ad excludendam huiuſmodi contrarietatem, fateri oportet, agnatis tantum patere aditum in clauſula 29. & in ea cognatos nequaquam contineri, cum hi inferioris loci ſint, vt in explicatione clauſularum latè diſſeruimus: idque iuri ſatis conſonum eſt, & rationi maxime conſentaneum, ne ſubſtitutus in vlteriori gradu in proximiori vocatum contra ius, & æquitatem excludat, l. 2. ff. de bon. poſſeſ. ſecũd. tab. ibi: *Æquiſsimum ordinem Prætor ſequutus eſt, &c.* vbi per totam l. hoc ipſum agnoſcit Vlpianus, præſertim in verſ. *Si primus*, in fin. ibi: *Cum ad ſuam quiſque cauſam ſubſtitutus ſit.* & apertius in verſ. *Defertur bonorum poſſeſsio ſecundum tabulas primo gradu ſcriptis hæredibus: mox illis non petẽtibus, ſequentibus non ſolum ſubſtitutis, verum ſubſtituti quoque ſubſtitutis: & per ſeriem ſubſtitutos admittimus. Primo autem gradu ſcriptos hæredes accipere debemus omnes, qui primo loco ſcripti ſunt: nam ſicut ad adeundam hæreditatem proximi ſunt, ita & ad bonorum poßeſsionem admittendam.* l. cum pater 79. §. à te peto, ff. de legat. 2. ibi: *Sed ordine ſcripturæ factam ſubſtitutionem reſpondi.* l. hæredes mei 57. §. vltimo, ff. ad Trebellian. ibi: *Propter gradus fideicommiſsi præſcriptos.* Non eſt enim locus vlteriori gradui, dum præcedens poteſt ſuccedere, l. cum in teſtamento 37. ff. de hæred. inſtituend. l. ſi mater 33. §. 1. l. poteſt quis 36. ff. de vulgar. l. quandiu 68. ff. de acquirend. hæredit. l. meminimus 15. verſ. *Sed nec fratrem*, C. de legitim. hæred. ibi: *Vt ſecundo gradu conſtituti, & legitima ſucceſsione digni reperti, alijs omnibus, qui ſunt vlterioris gradus, licèt legitimi ſint, præcellant.* Et poſterior ſuccedere non poteſt, niſi præcedenti gradu excluſo, vt in dictis iuribus. Et ideo reſpondit Alexander conſ. 13. *viſis, & perlectis*, num. 6. volum. 4. quòd vbi ſubſtitutio in perſona primi ſubſtituti locum habet, ceſſat in perſona ſecundi, vel alterius ſequentis, ex dicta l. quamdiu, quem ſequitur Decius conſil. 205. *In cauſa iſtorum*, nu. 7. & conſ. 228. *In caſu propoſito*, num. 2. Socinus Iunior conſ. 71. num. 15. volu. 1. Molina lib. 3. cap. 10. num. 13. Mantica de coniecturis vltimarum voluntatum, lib. 6. titul. 13. num. 11. Beccius conſ. 26. numer. 1. Surdus conſ. 125. num. 31. & 32. lib. 1.

Num. 34. Y que eſtando en el grado inferior, excluyeſſen a los agnatos, que eſtaua en el ſuperior.

Vu Quinta

Quinta oposicion:

Que el Duque de Pastrana, y Conde de Salinas tienen llamamiento por la persona de doña Catalina de Silua, y como varones descendientes della.

Num. 348. Pretenden, que despues de los agnatos està llamada doña Catalina su abuela, y ellos despues della, por la clausula 30.

FVndan esta oposicion en la clausula 30. ibi: *E à fallecimiento de los fijos varones de los dichos sus fijos, que aya la dicha villa, é logares, con todo lo que dicho es, la fija mayor del fijo mayor del dicho don Alfon de Silua, è sus descendientes, &c.* Pretendiendo, que despues de los agnatos substituydos en la clausula 2. y 29. aora sean los descendientes del hijo mayor de don Alfonso: en que aura sido la vacante por muerte de don Iuan de los Reyes, septimo Conde de Cifuentes: aora sean los descendientes del hijo segundo de don Alfonso: en que aura sido la vacante por el clericato de don Alonso de Silua: pertenecio la sucession por esta clausula 30. à doña Catalina de Silua, hija mayor de don Fernando de Silua, quarto Conde de Cifuentes, y nieta mayor de don Iuan de Silua, tercero Conde, padre del dicho don Fernando, y hijo mayor del dicho don Alfonso: y à doña Ana de Mendoça su hija: y à don Rodrigo de Silua Duque de Pastrana: y à Ruy Gomez de Silua su hijo, Duque de Pastrana, que litiga: ò al Conde de Salinas, como descendiente de la dicha doña Catalina, en que discurren largamente en sus informaciones.

Num. 349. Respuesta primera, q̃ despues de los agnatos està llamado dõ Luys Pacheco por la clausula 5.

A lo qual se responde. Lo primero, que en qualquiera de las dos vacantes pertenecio la sucession à don Luys Pacheco, padre de la señora doña Iuana Pacheco, presuponiendo, que todos los agnatos descendientes de don Alfonso estan llamados en primero lugar, en la clausula segunda, por regla general, ibi: *E assi sucessiuamente de vno en otro, toda via para el fijo mayor legitimo varon nacido de legitimo matrimonio, que descendiere de la linea derecha de los fijos mayores legitimos.* Y en la clausula 29. en que despues del hijo mayor, y de sus descendientes varones, y no mugeres, està llamado el segundo, y sus varones, y no mugeres. Y luego se sigue otra regla general, en conformidad de la otra, ibi: *E assi por esta orden, è forma, e manera sucessiuamente*

en

en todos los ſus fijos, *&c.* De que reſultan dos coſas. La vna, que no pueden dezir las partes contrarias, que el llamamiento de los varones agnatos, fue limitado à los deſcendientes del hijo mayor de don Alfonſo, para que faltando en aquella linea los varones agnatos, huuieſſen de ſuceder las hembras: ſino que primero ſucedieſſen todos los que ſe hallaſſen de qualeſquier lineas, que fueſſen deriuadas de don Alfonſo. La otra, que corre la miſma razon en la vacante de don Iuan de los Reyes, que en la de don Alfonſo de Silua: porque ſi eſte no pudo ſuceder, de alli deuio hazer tranſito la ſuceſsion à los varones cognatos, inmediatos de las agnatas: y por el conſiguiente à don Luys Pacheco, como hijo de doña Iuana de Silua, hija de don Luys Pacheco, hijo ſegundo de don Alfonſo. Y ſi entrò la ſuceſsion en don Alonſo de Silua, viene à ſer lo miſmo: porque del vltimo agnato ha de hazer paſſo la ſuceſsion al mas cercano cognato, hijo inmediato de agnata, por las clauſulas quarta, y quinta, como ſe fundò particularmente en la expoſicion de las dichas clauſulas, y en la incluſion de la ſeñora doña Iuana.

Lo ſegundo, porque el llamamiento de la clauſula 30. de la hija mayor del hijo mayor de don Alfonſo, no pudo incluyr à doña Catalina de Silua, que no fue hija mayor del hijo mayor. Y no le baſta ſer nieta, porque las calidades de aquella ſubſtitucion no ſe pueden verificar en la nieta, ſino en la hija del primero grado, por particular priuilegio, y excepcion que hizo deſta el fundador de la regla, en que auia excluydo las hembras por la clauſula 29. donde ſe fundò eſto copioſamente. *Num. 350. Reſpueſta 2. que las palabras, Fija mayor del fijo mayor, de la clauſula 30. no comprehenden la nieta.*

Y porque vno de nueſtros fundamentos fue, que por auer demoſtrado el fundador a la hembra, que eſtà llamada en la clauſula 30. por aquellas palabras, *Hija mayor del fijo mayor*, no ha de paſſar la ſubſtitucion de ſu perſona: replican los contrarios, que la ſubſtitucion de agnatos de la clauſula 29. y la condicion, en que eſtan pueſtos en la 30. ſe ha de entender tambien de los del primer grado; por la demonſtracion que ſe haze en la clauſula veynte y nueue, .ibi: *De ſu fijo mayor*, & ibi: *El ſu fijo ſegundo*, & ibi: *El ſu fijo varon mayor*. Y en el verſiculo, *Ca es mi volũtad*, ibi, *E lo aya el ſu fijo ſegundo*, *&c.* Y en la clauſula 30. ibi: *E à fallecimiento de fijos varones de los dichos ſus fijos*, *&c.* *Num. 351. Valenſe de la palabra, ſu, para limitar los varones pueſtos en condicion.*

Por-

Porque la palabra, *ſu*, denota reſtricciõ à los hijos del primer grado, Socin. in l. Gallus, §. inſtituens, numer. 5. ff. de liber. & poſthum. vbi Iaſ. num. 23. ad medium, verſ. *Primo, quód*, Menoch. conſ. 328. num. 13. 14. & 15. volumi. 4. Simon de Prætis de interpretatione vltim. volunt. lib. 3. interpret. 3. dubitation. 4. ſolution. 3. nu. 46. pag. 207.

Nu. 352. Reſpondeſe, moſtrando que no ſe puſo para eſto, y que eſtan todos llamados.

La reſpueſta es, que por la clauſula ſegunda, y regla general que por ella ſe haze, quã paulò ante expendimus, eſtan cõprehendidos todos los agnatos deſcendientes de dõ Alfonſo, ſin la addiciõ de la palabra, *ſu*, y aſsi quando huuiera alguna duda en la clauſula 29. ſe auia de entender por la 2. porque como diximos, num. 115. eſta es vna diſpoſicion, y contexto, en que ſe han de entender, y declarar vnas clauſulas por otras.

Pero añadimos, que la clauſula 29. no tiene duda, y que la palabra, *ſu*, no ſe puſo alli para reſtringir el llamamiento, y prelacion de agnatos, antes para eſtenderle: y todas quantas vezes ſe repitio la dicha palabra, fue para hazer mas copioſa la ſubſtitucion dellos: porque auiendo llamado el fundador al hijo mayor de don Alfonſo, le ſubſtituye ſus deſcendientes varones, y no hembras, haſta que no quede perſona alguna deſta deſcendencia, para que lo aya el deſcendiente mayor, varon. De manera, que haſta aqui eſtan llamados todos los deſcendientes varones del hijo mayor, y excluydas las hembras. Y luego poniendo en condicion los dichos varones, que dexaua llamados, ſubdit: *El ſu fijo ſegundo mayor, ê el ſu fijo varon mayor, è los que del deſcendieren, varones, toda via el varon mayor, por la manera que dicha es en el fijo mayor legitimo del dicho dõ Alfoñ de Silua.* Que ſe entiende, que han de ſuceder todos los varones agnatos deſcendientes, y no las hembras. Pregunto pues, en palabras tan generales como eſtas, como puede caer reſtriccion? Porque no dize, *ſu fijo varon*, y queda aqui la ſubſtitucion, ſino que paſſa adelante à diſponer lo miſmo, cerca de todos los deſcendientes: luego no fue la palabra, *ſu*, para reſtringir, pues ſe ſigue inmediatamente la ampliacion, y extenſion de toda la deſcendencia, aſsi del hijo mayor, de quien auia tratado antes, como del hijo ſegundo, de que tratò deſpues. Y las palabras que ſe ſiguen, en que hazen fuerça, no detraen, ni quitan perſona alguna de las comprehendidas en las ſubſtituciones precedientes, antes las confirman, y hazen

hazen dellas mayor extension, ibi: *Ca es mi voluntad, que la dicha villa, è logares con todo lo susodicho, vengan antes, è lo aya el su fijo segundo, que non la fija de su fijo mayor, è primero el su fijo tercero, que la fija, è fijas que quedaren de su fijo segundo.* Que fueron exemplos de la prelacion, que daua à los agnatos, como diximos en la explicacion desta clausula, num. 138. Y porque lo exemplificado auia de correr ygualmẽto por toda la descendiencia, sin restriccion à casos, ni personas particulares, generalem regulam institutor subiecit, ibi: *E assi, por esta orden, e forma, è manera sucessiuamente en todos los sus fijos, è descendientes dellos, todavia el fijo varon mayor legitimo, &c.* Donde dispone, que corra la sucession por todos los descendientes agnatos sin limitacion, ni restriccion alguna, vno empos de otro, ordine successiuo, como se declarò en la misma clausula, num. 139. hasta el num. 151. Verbum enim, *descendientes*, nullis gradibus circunscribitur, sed omnes in infinitũ cumplectitur, vt ex l. vlt. C. de suis, & legitimis hæredib. & ex §. 1. in authent. de hæred. abintest. venient. obseruant Doctores in §. 1. in authent. de restit. fideicommiss. & in l. filius familias, §. Diui, vbi Ias. num. 155. & Ripa num. 112. ff. de legat. 1. Mantic. de coniectur. vltim. voluntat. lib. 8. titul. 11. num. 1. Peregrinus de fideicommiss. artic. 30. nu. 2. & 14. Menoch. lib. 4. præsumpt. 91. num. 7. Riminald. cons. 279. num. 64. vol. 3. Surd. cons. 370. num. 22. volu. 3. Honded. cons. 1. num. 24. cons. 8. num. 33. vol. 1.

Num. 353. Verbum descendentes omnes in infinitũ complectitur.

Vnde non sunt obstaculo Doctores in contrarium adducti: quia non agunt de verbo, *descendentes*, cui adiectio, *sui*, nihil detrahere potest, cum sui natura in infinitum protendatur, Peregrin. dict. articul. 30. num. 14. & alij proximè allegati, sed de verbo, *filij*, in ea quæstione an veniant nepotes: & resoluũt id adiuncto pronomine, *sui*, ad filios primi gradus tantum pertinere. Et quanuis Menoch. dict. cons. 228. num. 13. 14. & 15. volu. 4. appellatione liberorum suorum non venire nepotes contendat, non tamen nititur authoritate, neque probabili ratione: porque no alega otro q̃ lo digà, y funda la razon en las palabras, *sus hijos*, diziendo, que si en este lenguage, y termino de hablar no vienen los nietos, idem videtur dicendum, si testator vocato filio, eidem suos, seu eius liberos substituat.

Num. 354. Et non restringitur per adiectiuũ, sui: y respondese a Menoch.

Quod quidem argumentum futile est, & inane, & pugnat cõtra notissima iuris principia, teste Callistr. in l. liberorũ 220. ff. de

Num. 355. Differẽtia inter verbum, liberi, & verbum, filij.

XX

ff. de verb. signif. ibi: *Liberorũ appellatione nepotes, & pronepotes, cæteriq; qui ex his descendunt, continentur: hos enim omnes liberorum appellatione lex duodecim tabularum cõprehendit. Toties enim leges necessariũ ducũt in cognatione singulorum nominibus vti, veluti filij, nepotis, & pronepotis, cæterorũue, qui ex his descẽdũt: quoties nõ omnibus, qui post eos sũt, præstitũ voluerint, sed solis ijs succurrerẽt, quos nominatim enumerarent. At vbi non personis certis, non quibusdã gradibus præstatur, sed omnibus, qui ex eodem genere orti sunt, liberorũ appellatione cõprehẽduntur.* Y asi, como la palabra, *hijos*, es especial, y q̃ por esta ley su propiedad es cõprehẽder los del primero grado, no se puede tomar della argumẽto para la palabra, *liberi*, q̃ en su propiedad cõprehẽde toda la descẽdencia: à qua nõ est recedendũ, l. non aliter, 67. ff. de legat. 3. l. Labeo, 7. §. id Tubero, ff. de supellectili legata. Aliud autẽ dicendũ est, quando testator filiorũ meminit: nã filij appellatio iuxta verbi propietatẽ ad nepotẽ non trahitur, l. quod si nepotes, 6. ff. de testamen. tutel. l. filium habeo, 16. ff. ad Macedonianum, §. vltimo, instit. qui testamento tutores dari possunt, l. Gallus, 29. ferè per totam, ff. de liber. & posthum. l. posthumorum, 13. ff. de iniusto rupto, Bart. in dict. l. liberorum, nu. 9. Tiraquel. de iure primogen. quæstio. 40 num 49. & 58. Mantic. de coniectur. vltimar. voluntat. lib. 8 titul. 8. nu. 2. Menoch. de præsump. lib. 4. præsump. 94. nu. 2. Socin. Iun. cons. 30. nu. 10. vol. 3. Roland. cons. 43. num. 28. & 30. vol. 4. Mandel. Albens. cons. 60. num. 6. volum. 1. Paul. de Monte Picho cons. 74. nu. 2. Et quanquam per interpretationem nepotem contineat, l. iusta interpretatione, 201. l. liberorum, 220. vbi Doctores, ff. de verbor. signif. copiosè Riminald. cons. 173. vol. 2. cons. 389. cons. 390. vol. 4. Marc. Antonius Eugenius cons. 94. Mãtic. dicto lib. 8. tit. 8. per totũ. Menoc. d. lib. 4. præsum. 94. per totã. Pero para esta interpretaciõ es necessario, q̃ concurrã coniecturas, cũ aliter à proprietate diuertere non liceat, dict. l. non aliter, 67. ff. de legat. 3.

Por esto se inclinaron los autores, à q̃ por la calidad, y demostracion de la diccion, *su*, la palabra, *hijos*, no se entendiesse interpretatiuè, sino que se contuuisse en su propiedad, sin extension, ni interpretacion, l. cum pater, 79. §. hæreditatẽ filius, ff. de legatis, 2. quo loci testator filium hæredem instituit, qui fuit rogatus, cum moreretur, filijs suis, vel cui ex his voluisset,

restituere hæreditatem. Filio post in insulam deportato eligẽdi facultatẽ non esse pœna perẽptam, & electionẽ inter filios, nõ inter nepotes fieri debere, respondit Papinianus. Esto por auerse vsado de palabra, q̃ en su propiedad no podia cõprehẽder mas que à los hijos del primer grado, DD. in l. Gallus, §. instituens, ff. de liber. & posth. latissimè idem Menoch. cons. 215. nu. 40. cũ seq. & n. 79. cũ seq. vol. 3. & de presum. lib. 4. præsum. 94. num. 3. Paul. de Monte Picho cons. 74. num. 7. cum seq.

Y no auiendo hablado los autores, que trataron deste pũto en la palabra, *descendientes*, no parece que puede auer disputa: mayormente, que demas de la ponderacion q̃ se hizo de la clausula general, que està al fin de la 29. en quanto llama todos los descendientes varones sucessiuamente, se siguen otras palabras importãtes en el mismo sentido para mayor declaració, ibi: *E assimismo en los descendientes del dicho don Iuã de Ribera, è de las otras personas de suso declaradas à fallecimiẽto de la linea del dicho D. Alfoñ, e de sus descẽdiẽtes, como dicho es.* Porq̃ en quãto haze mencion de la linea de D. Alfonso, declara por esta palabra perpetuydad de de substituciones por toda su descẽdencia: cũ linea sit collectio personarum ab eodem stipite descendentiũ, en q̃ no ay limitacion de grados, ni personas de la descendencia efectiua.

Menos consideracion tiene la que hazen de aquellas palabras de la clausula 30. *E à fallecimiẽto de fijos varones de los dichos sus fijos*, pretendiẽdo deduzir della, que solos los del primer grado estã puestos en condició. Porque se responde facilmente, q̃ se ha de hazer relacion à los que quedauan llamados en la disposicion de la clausula 2. y 29. Porque los puestos en condicion, quando estan llamados antes dispositiuamente, se hã de regular, y entẽderse sus substituciones, por la disposició, vt ostẽdimus, num. 115. Y la razon es, porq̃ la condicion no dispone, y la substitucion que della se saca, es subintelecta, y esta no puede obrar contra la disposion expressa. *Num. 356. Respõdese a las palabras de la clausula 30. ibi, è a fallecimiento de los fijos varones de los dichos sus fijos.*

Y assi respecto de la palabra, *descendientes*, y la palabra, *linea*, q̃ por su propiedad denotã perpetuydad, & in infinitũ porrigũtur, ninguna cosa puede obrar la diccion, *sus*, por ser el llamamiẽto generico, y cõprehensiuo de todos los grados de varones agnatos, sin que se pueda dar restriccion, ni limitacion alguna. Y quando el fundador quiso, que se entendiesse limitada, y restrictiuamente, lo supo declarar, como lo hizo en el *Num. 357. El adjectiuo, sus, no restringe el de la palabra, linea, ò la palabra, descendientes.*

llama-

llamamiēto de la hija mayor del hijo mayor de D. Alfonso de la clausula 30. donde por esta calidad no passò de la persona desta hija à la nieta, ni à otra descendiente della, ni de sus hijos, como se mostrò en la explicacion de aquella clausula.

Num. 358. D. Catalina, ni D. Ana su hija no tienen llamamiēto en la clausula 30.

De donde se sigue, que Doña Catalina de Silua no tiene llamamiento en la clausula 30. pues no fue hija del hijo mayor. Y fuera desta, y la hija de Don Alfonso, que quedasse viua al tiēpo de su muerte de la clausula tercera, todas las demas agnatas tienen su llamamiento en la clausula 4. y 5. de la manera que se aduirtio en la exposicion dellas.

Y menos le tiene su hija Doña Ana de Mendoça, assi por no le tener su madre, como por ser cognata, cuya substituciō, y de las demas cognatas està en la clausula 7. vt ibi diximus, nu. 101. Y mucho menos le pueden tener el Duque de Pastrana, y Conde de Salinas, vt statim subijciemus.

Num. 359. D. Luys Pacheco se prefiere al Duque, y Conde por ser el hijo de agnata, y ellos nietos por medio de otra hembra.

En la explicacion de la clausula 31. se apuntò, que el varon inmediato mas remoto de hembra agnata, tiene primero, y mejor lugar en esta disposicion, que el varon descendiēte de agnata por medio de hēbra cognata: de q̄ tābien se infiere por esta cabeça, exclusiō del Duque de Pastrana, y cōde de Salinas. Los quales, aunq̄ descienden de D. Catalina, q̄ fue agnata, hija de D. Fernando, quarto Conde de Cifuētes, fue por medio de D. Ana de Mendoça cognata, hija de la dicha Doña Catalina. Y por esto como D. Luis Pacheco, padre de la señora D. Iuana, fue hijo de D. Iuana, la primera hija de D. Luis de Silua, que fue hijo de D. Alfonso primer llamado, y por el consiguēte varō inmediato de agnata, se les deuio preferir, y por su muerte la señora D. Iuana Pacheco, como hija del vltimo posseedor, como està dicho en su inclusion desde el num. 179. & num. 187. cum seq. y en la clausula 6. num. 81. cum seq.

Num. 360. Y prueuase por la clausula 31. en q̄ el varon de hembra mas remota se prefiere a la hija de la hembra mas propinqua, y al hijo desta.

Y q̄ el varon inmediato de agnata se aya de proferir al varō descendiente de agnata por medio de otra hembra, se prueua por la letra de la dicha clausula 31. presuponiendo lo que dize la clausula 30. que faltando los varones agnatos, suceda la hija mayor del hijo mayor de D. Alfonso, y sus descēdientes varones por la orden q̄ auian de suceder los agnatos en la clausula 29. precediēte. Y para declarar el fundador este modo de sucessiō de los varones descendientes de las hijas del hijo mayor de D. Alfōso, y de todas las otras hijas de los agnatos descēdiētes

de

de don Alfonso: entra diziendo en la clausula 31. *E si acaeciere, que su fija mayor non ouiere fijos varones, e los ouiere la fija segunda, que el fijo varon mayor de la dicha su fija segũda, nacido de legitimo matrimonio, aya e herede la dicha villa, e logares, con todo lo que dicho es, &c.* Donde determina expressamente, que si la hija mayor no dexare hijos varones, aunque dexe hembra, y la hija segunda dexare hijo varon, que este se prefiera a la hija de la hija mayor. Y luego haze regla general, ibi: *E por esta misma via, e forma, lo aya e herede la dicha villa, con lo que dicho es, el fijo varon mayor de las otras sus fijas, e descendientes, &c.* De manera, que en toda la descẽdencia de don Alfonso ha de discurrir la sucession de la misma suerte. Que el varon de la hembra mas remota, se prefiera a la hija de la hembra mas propinqua: y por el consiguiente se ha de preferir al hijo varon desta, de la misma manera que a su madre por las reglas ordinarias, de que excluyda la madre, lo estã tambien sus hijos. Y porque esta clausula determinò expressamente, que los varones que viniessen por dos hembras, aunq̃ fuessen de mejor linea y grado, no hiziessen competencia a los varones inmediatos de hembra mas remotos.

Nu. 361. Y expendese para esto mismo la clausula 3.

Con esto consuena lo que dispuso la clausula 3. dõde auiẽdo el fundador llamado en falta de los agnatos descẽdiẽtes de don Alfonso, a la hija deste, que quedasse viua al tiempo de su muerte, añade, *Que quiero que sea preferida a las otras qualesquiera fijas de las fijas*, con presupuesto, que la hija q̃ quedasse viua, podia ser segunda, tercera, o de otro lugar inferior: y la que le precediesse, auer dexado hija de mejor linea y grado: y sin embargo quiere que suceda la hembra mas remota.

Y passa adelante con el mismo concepto, respeto de los hijos varones desta hija de don Alfonso, q̃ quedasse viua al tiẽpo de su muerte: porque dize, *E despues sus descendientes legitimos, e naturales, nacidos de legitimo matrimonio, varones, e mugeres, por la orden e forma suso, e yuso dadas.* Que como hemos dicho en la explicaciõ de las clausulas, los varones han de tener continuado llamamiento vno empos de otro: porque ha de ser conforme a lo que resulta de toda la disposicion, interpretando vnas clausulas por otras. Y si el varon inmediato de la hija segunda se ha de preferir a la hija de la hija mayor: y el de la tercera, se ha de preferir a la hija de la segunda: necessariamente se ha de preferir tambien al varon, nieto de

la hija mayor, o segunda, por medio de las hembras sus hijas: porque como las madres no podian competir la sucession, tãpoco sus hijos, con el mismo intento de que el varon que procediesse de dos hembras, y no fuesse inmediato de agnata, no pudiesse suceder, auiendo varon inmediato, aunque mas remoto.

Num. 362. Y la clausula 4. Tãbien declarò esto en la claus. 4. ibi: *E desque acaeciere, que fija mayor del dicho dõ Alfoñ mi fijo falleziere, que aya e herede la dicha villa, e los dichos logares, e bienes, con todo lo susodicho mayorazgo el su fijo legitimo varon, que fincare de la tal fija, que ouiere de auer el dicho mayorazgo*, llamando por estas palabras al varon inmediato. Y luego haze vna regla general, para que se entienda esto assi, respeto de todas las hijas de don Alfonso, para que suceda su hijo inmediato varon. Y explicando esta regla en el versiculo, *En tal manera*, al fin del dize: *El varon mayor primeramente, e despues el varon mayor sucessiuamente, vno empos de otro*: declarando con esto, que los que huuiessen de suceder, auian de ser varones inmediatos de hembras agnatas, o descendientes de varon en varon, sin dependencia de otra hembra.

Num. 363. Y la clausula 5. Este motiuo fue causa de lo que dize en la clausula 5. porque en falta de los varones cognatos, que dexaua llamados en clausula precediente, llama a la hija mayor de don Alfonso, o a la hija de su hijo, vna empos de otra, como quiera que no huuiesse varon inmediato, como lo declara en el versiculo, *En tal manera, que auiendo descendiente legitimo natural varon, nacido de legitimo matrimonio, que aya e herede el dicho mayorazgo, con todo lo susodicho, todauia el mayor, e despues el siguiente fasta que se ataje la linea descendiente de los fijos varones.* Dando a entender, que auian de ser varones inmediatos de agnatas, o varones de varones dellas. Y que ninguna hembra, ni varon descendiente de dos hembras, pudiesse suceder, hasta que se acabasse esta linea de calidad de varones de vno en otro.

Num. 364. Y la clausula 7. Y como hasta aqui no dexaua llamadas a las hembras cognatas, ni a sus hijos, declarando mas cumplidamente su volũtad, les dio lugar inferior en la clausula 7. ibi: *E a fallezimiento de los dichos fijos varones* (que son los inmediatos de agnatas, y de sus varones, prosigue diziendo:) *que aya e herede la fija mayor sucessiuamente vna empos de otra*: Que se entien-

de

de de las cognatas, para que se encaminasse por ellas la succession, como en las agnatas, vna empos de otra, sino se interpusiesse varon. Porque entre estos descendientes de cognatas, haze otro tal llamamiento en este lugar inferior, con que descubrio mas su concepto, de que los que estauan llamados en esta parte, no pudiessen dezir, que lo estauan en la superior, compitiendo con los de mejor lugar, y calidad, conforme a lo que se ha referido. Et ideò subdit: *Fasta que los descendientes de mi, e del dicho don Alfoñ de Silua mi fijo, por la linea derecha, nacidos de legitimo matrimonio, se acaben, primeramente los varones, como dicho es, e en fallezimiento dellos las fijas, por la forma, e orden suso, e yuso declaradas.*

Està tan clara la voluntad en estas clausulas, que no parece necessario descender a otra disputa: mayormente con lo que se apuntò en la exposicion de la clausula 31. nu. 174. donde entre otros se alegaron Menoch. consil. 172. num. 20. cum sequẽtib. vol. 2. Cephal. consil. 581. nu. 11. cum sequentib. vol. 4. Peregrinus, de fideicommiss. artic. 26. nu. 19. cum sequentib. q̃ tuuieron por si la sentencia del Senado de Venecia contra Mantica, de coniectur. vltimar. voluntat. lib. 8. tit. 18. nu. 17. & 18. defendiendo al varon inmediato contra otro, que no lo era, y descendia de dos hembras, en vn caso, en que no assistia la voluntad del testador tan clara, y explicitamẽte, como en el nuestro. Que para que se entienda la diferencia, conuiene referirle, como le refirio Peregrino, con quien concuerdã los demas dict. art. 26. nu. 19. in hæc verba. *Ex præmissis infertur ad decisionem casus, qui in facto Taruisij euenit super testamento domini Joannis Andreæ Ursinici. Hic enim institutis in rebus certis Marietta, Catherina, & Casta filiabus suis: & hæredibus vniuersalibus institutis Hieronymo, & Gregorio filijs suis, substituit eorum legitimè descendentes masculos ordine successiuo, donec ex eis aliquis descendens masculus reperiretur in infinitum. Et deficientibus suprascriptis, ita quod nullus ex eis legitimè descendens masculus reperiretur, substituit filias supradictas, & descendẽtes legitimè masculos ex eis in infinitum, donec ex eis aliquis descendẽs masculus reperietur. Quibus deficiẽtibus substituit eis filias fœminas dictorũ suorũ filiorũ, & descendentiũ masculorũ, & earum descendẽtes masculos in infinitum. Et post eos substituit descen-*

Nu. 365. *Autores que han tenido por el varon inmediato de hembra, contra el de dos hembras.*

descendentes fœminas, seu masculos proximiores ipsius testatoris in infinitum ordine successiuo. Hieronymus autem primò sine filijs decessit. Secundò Gregorius relicta Isabetta filia. Per quorum mortem fideicommissum deuolutum fuit ad Mariettam, Catherinam, & Castam testatoris filias. Defunctis autem Marietta, & Casta absque filijs: Catherina deinde obijt relictis Iosepho filio, Helena, & Cornelia. Nouissimè autem defuncto Josepho nullis relictis filijs superstitibus, Helena, Hieronymo, & fratribus filijs Helenæ, ac etiã superstite Isabetta, quæ duos habebat filios masculos, Vanniũ, & Dominicũ: fideicõmissum ad Helenã, seu ad eius filios masculos, an verò ad Isabettã, & illius masculos pertineret, dubitatũ fuit?

Y en esta duda se dio la sentencia por los varones inmediatos de la hembra, que era Isabetta, y contra los varones de Helena, q̃ venian por medio de dos hẽbras, sin que en aquel caso huuiesse otra cosa mas q̃ ser la segunda substitucion en fauor de las hijas del testador, y de sus descendientes varones: y la tercera en fauor de las hembras de los hijos del testador, y de sus descendientes varones: Y entenderse, que los varones descendientes de Caterina, hija del testador, llamada en la segunda substitucion por medio de Helena su hija, no estauan comprehendidos en ella los descendientes varones, por serlo por medio de dos hembras: Y que asi entrauan por la tercera substitucion Isabetta, hija del hijo del testador, y sus hijos varones.

Num. 366. Y aplicase su decision a nuestro caso.

En nuestro caso ay esto mismo, porque los varones q̃ vienen por medio de dos hembras, estan llamados en la substitucion de las cognatas, que està en la clausula 7. Y los inmediatos de las agnatas estan llamados en la clausula 4. y 5. vt supra expensum est. Y teniendo inferior lugar los que vienen por dos hembras, no pueden pretender anterior substitucion, vt dictũ est num. 340. cum sequentib. & nu. 347. & in specie Menoch. dict. consil. 172. num. 20. volum. 2. donde resuelue, que aunque auia duda, si los varones, que descendian por dos hembras, estauan comprehendidos en la substitucion precediente, cessò: porq̃ estauan llamados en la siguiente, con q̃ manifestò su voluntad el testador, q̃ antes no los tenia llamados. Inquit enim: *At qui testator iste in vltima substitutione à se facta vocauit hos nepotes: ne ergo posterior hæc substitutio frustra facta sit, dicendum est, in ea secunda substitutione ambigua, hos nepo-*

nepotes non contineri. Y para que estuuiessen llamados en la vltima substitucion, lo prouò por semejante fundamẽto al dessta disposicion en la clausula 7. vt cõstat, ibi: *Quòd autem hi nepotes sub quarta, & vltima hac substitutione comprehẽdantur, apertè apparet ex eius verbis ita scriptis: Et post eos substituit descẽdentes fœminas, seu masculos proximiores ipsius testatoris, legitimos tamen recto ordine, &c.*

Y si por este medio se determinò aquel caso: con mas razon se ha de determinar lo mismo en el nuestro: pues no solo tenemos por esta parte este fundamento, pero concurre con el voluntad mas expressa, y explicita: que parece no da lugar à argumentos, ni conjeturas, pues quiere el fundador, que el hijo de la hija segunda se prefiera a la hija de la primera, y el de la tercera a la hija de la segunda, & sic de singulis: y por el consiguiẽte a los hijos varones destas hijas, que estan excluydas deste grado por el varon mas remoto, vt diximus nu. 282. & est elegans Baldi doctrina in l. maximum vitium, C. de liber. præter. nu 4. versi. *Et idem dico si ex tali filia superesset nepos masculus: nam mutato in eo sexu, non mutatur tamen ratio exclusiua, cum non possit venire, nisi tanquam matris imago: argum. supra, de collat. l. illam §. penult. Sed mater inuenitur exclusa: ergo tota linea, quæ ex ipsa descendit: quia nisi in capite principium sumat, vlterius produci non potest.* In specie Menoch. d. consi. 172. nu 30. vol. 2. vbi concludit: *Cum ergo mater non est vocata, ita neque linea, quæ ab ea descendit.* Idẽ Menoch. consi. 1036. nu. 8. vol. 11. in terminis, etiam Cephal. consi. 581. nu. 28. cum seq, vol. 4.

Num. 367. Estando excluydas las hembras por vn varon, tambien lo estan los hijos dellas.

In quo certum est, que quando el hijo varon tiene en su fauor manifiestamente la voluntad del difunto, se admite por su propia persona, aunque no estè llamada su madre: pero quando estamos en duda, y se ofrecen prouables razones por vna, y otra parte, deue interpretarse, que los hijos varones no son de mejor condicion: sino que la incapacidad, ò exclusion de las madres los inhabilita, y excluye, Hierony. Gabriel consi. 116. num. 22. & 23. vol. 2. ibi: *Quamuis enim, quando clarè apparet de voluntate præferendi filios masculos matri propter sexum, nihil referat, viua ne sit, an mortua mater: quoniam veniunt ex propria persona. Tamen quando mens est obscura, negari nequit, quin faciliùs admittatur interpretatio, ne filij sint melioris conditionis, quàm mater ipsorum, iuxta notata*

Num. 368. El varon de hẽbra puede suceder por su persona aunque se excluya la madre, quãdo tiene propio llamamiẽto, pero no quãdo ay duda.

per Doctores in l.illam,C.de collation. quoniam, vt ait Bald. consi.40.nu.2.vol.3. *Mater,& filius vna persona censentur, cap.vlt.de coniug.infidel.Item,natura matris non potest à filio separari,l.iura sanguinis.ff.de regul.iur.Item,aspectus nepotis ad auum maternum est per sanguinem maternum, & si gradus matris tollatur de medio,nõ potest intelligi, quòd iste sit nepos. Item, quando aliquid deriuatur,vel deducitur ab alio,sapit naturam,& qualitatem eius,à quo deducitur,l.fi. C.de natural.liber. Nec potest nepos qualitatem innatam,& quæ est talis,non sequi,l.2.ff.de interdictis, & relegatis* Paul. in l.Gallus,§.nunc de lege,Velleia.nu.6. ff. de liber.& posthu. Ruyn.consi.18.nu.5.vol.3.Capra consi. 18. nu.4.vsque ad fin. Menoch.consi.172.nu.35.vol.2.Hippolyt.Rimi. cõsi.782.nu. 79.vol.7.Surd.consi.310.nu.6.vol.3.Vnde regulariter sub dispositione filiam excludente cõprehenduntur masculi ex eadẽ filia descendẽtes,Bal.in l.maximũ vitiũ,nu.2.vbi Salic. nu. 5.& 8.C.de lib.præteritis, Paris.consi.94.nu.34.vol.3. Socin consi. 31.nu.3.vol.1. La razon es,porque en la persona de la madre se inhabilita toda su linea,Beroius consi.151.nu.20.vol. 2. Natta consi.581.nu.31.32.& 34.vol.3.Nam qui primitiua inficit, deriuata vituperat,vt obseruat Bald.in l.fin.nu.4.C.de verb.signi Afflict.decis.248.nu.7.

Num.369. Y esta considera-cion corre en este mayorazgo.

Este entendimiẽto parece preciso por el discurso de las clausulas desta disposicion porque quãdo el fundador llamò a los agnatos,quiso que por ellos se continuasse la sucession,quousque omnes essent extincti. Y quando llamò los varones de las hembras agnatas,dispuso lo mismo,como parece por la clausula 4 dõde los llamò a todos,vno empos de otro, y por la clausula 5.ibi: *E despues el siguiente,fasta que se ataje la linea descendiente de los fijos varones:* para que se regulasse la sucession destos, como la de los agnatos, y que se continuasse la linea de varones de la misma manera. Y como quiera que se ha de dar continuacion de linea, tambien se ha de dar principio no en la hembra, sino en el primero varon della, que es el inmediato, en quien corre ygual, y mayor razon, paraque como el varon que desciende por linea masculina,se ha de preferir al que desciende por la feminina, y por el consiguiente de dos hembras: tambien aya de tener esta prelacion el inmediato, que haze cabeça, y es principio de la linea masculina.

Num.370.

Y que el varon de la linea masculina se aya de preferir, ex

co constat. Que aunque en algunos casos los llamamientos de varones suelen comprehender tambien al descendiente varon por linea femenina, esto sucede, quando en el mayorazgo estan llamados generalmente varones, sin hazer mencion de las hembras, ni de sus descendientes. Pero quando el fundador haze distincion, llamando en las primeras clausulas a los varones, y en las vltimas a las hembras, y à sus hijos, y sucessores: con esto significa, que los primeros grados, y lineas no comprehenden varones de hembra: y que si alguno quisiere ser admitido, ha de ser por los llamamientos inferiores, que començaron en las hẽbras, quando llegue el caso, y se purifique la condicion dellas, como sucede en nuestro caso: en el qual por la clausula 4. y 5. estan llamados los varones de las hembras agnatas continuadamente, hasta que se acabe de todo punto la linea de calidad de varones de todos ellos. Porque como los agnatos constituyen entre si esta linea de calidad, que procede de la voluntad del testador, para que vaya la sucession de vno en otro, sin interposicion de hembra, vt ostensum est nu. 18. cum sequentibus: assi tambien la causan los cognatos entre si, ad exemplum agnatorum, quando estan llamados continuadamente, como lo estan en nuestras clausulas, de las quales resulta llamamiento, y substitucion perpetua de los varones cognatos, quousque omnes sint prorsus extincti, quorum substitutio intelligi debet iuxta agnatorum substitutionem. Vna enim substitutio ex alia interpretationem recipit, l. cohæredi. 41. versi. *Ex his*, ff. de vulgar. l. Lucius 78. §. pater puerum, ff. ad Trebellian. l. 1. C. de impuber. & alijs, propter vniformem, & æqualem dispositionem, quam testator præsumitur seruare voluisse, Curt. Iun. consi. 70. nu. 1. Crauet. consi. 208. nu. 5. & 6. lib. 1. Menoch. consi. 117. numer. 69. volum. 2. Bursat. consi. 228. num. 47. volum. 3. vbi num. 61. hoc argumento vtitur ad probandum qualitatem masculinitatis in vna parte testamenti positam, in alia repetitam censeri, in terminis Cephal. dict. consi. 581. num. 13. volum. 4. sicut dici solet, quòd substitutio secundùm institutionem explicari debet, l. in ratione. 11. §. si filio, l. qui fundum 86. §. qui filios impuberes, ff. ad legem Falcidiam, l. si plures 24. ff. de vulgar. Decius consi. 480. num. 11. & 12. vol. 2. Paris. consi. 18. num. 75. volu. 2. Menoch. consi. 106. num. 302. vol. 2. Cephal. d. cõsi. 581. nu. 13. vol. 4. & consi. 330. nu. 50. & 51. vol. 3.

En esta disposiciõ ay llamamiẽto de varones, y luego de hẽbras, y descendientes dellas, y assi estas no puedẽ incluyrse en el primero.

Nu. 371. Vna substitutiõ ex alia interpretationem recipit.

Substitutio secũdum institutionẽ interpretari debet.

Num.372. Entre los cognatos, se da linea sucessible, y continuada, que comienza del primero.

Y assi como en la sucession de agnatos se da linea masculina sucessible, y cõtinuada por todos ellos: Dela misma manera se da en la de los cognatos: porq̃ aunque respeto de la hembra q̃ les precede, no se diga linea masculina, pero cõstituyela el primero varon, como cabeça, y principio della, & ita dicitur linea masculina, etiã si masculi ex fœmina descẽdant, elegãter Paul. consi.91. *Præsupposito*, nu.4 vol.2. & tetigit cõsi.40. *Præsens casus*, nu.5. eod. vol. Lauri. de Palat. de statutis, quòd ex tãtibus masculis fœminæ non succedant, nu.152. cum seq. tom.2. tractatuum, fol.278. Ias. consi.55. col.4. versi. *Secundo multũ mouet*, vol.3. in antiqua impressione, y otros q̃ alegamos en este punto, nu.174. y nu.365. para prouar, que el varon descendiẽte de hembra por linea masculina se prefiere al descendiente de hembra: vt præter alios docet etiã Hierony. Grat. respon.120. nu.26. versi. *Nono in terminis*, vol.2.

Num. 373. Y en ella no se incluye hembra, ni varon della.

Y esta linea de los cognatos, que estan llamados continuadamente, tiene su duracion, hasta q̃ no quede ninguno dellos, como consta de las clausulas 4. y 5. y entre ellos no tienen lugar las hẽbras, ni hijos varones dellas: porq̃ en aquellos grados no se haze mencion de hembras cognatas, ni de sus descendiẽtes varones hasta la clausula 7. donde tienen su particular llamamiento, vt supra dictũ est nu.101. & nu.364. resoluit in terminis Decian. consi.127. nu.25. vol.3. ibi.

Præterea contraria procederent, quãdo testatrix nõ vocasset separatim fœminas, sed tantũ masculos sẽper, nulla fœminarũ facta mẽtione, quia fortè tunc masculi ex fœmina nati cõprehenderẽtur: at in casu nostro cessat illa ratio, quia constat, quód nõ existẽtibus liberis masculis ex dño Aloisio vocauit fœminas: ergo constat de veritate, quòd nõ habuit odio sexum, sed dum vocauit masculos filij instituti, vocauit, vt bona in eorũ familia Scaltenica conseruarentur, & sic puto clarè resoluta omnia contraria. Soci. Iun. consi.96. nu.23. volu.3. Hippol. Rimin. consi.313. nu.60. vsque ad 64. vol.3. donde pone por precepto general, que quãdo la disposicion no excluye totalmente las hẽbras, sino q̃ haze prelaciõ de varones, en tal caso siẽpre se presume preferido el varõ de varon, assi de varones, como de hẽbras, a qualquier varõ de hẽbra. Y aunq̃ se le opuso, q̃ no auia alli contẽplaciõ de agnaciõ, por auer sido instituydo el fideicommisso por hembra, responde notablemẽte, que no es necessaria esta consideracion, nu.50. his verbis.

Num. 374. Aunque no aya consideracion de agnacion.

Ad

Ad tertium, quòd hic agitur de hæreditate fœminæ, in qua non cadit ratio conseruandæ agnationis, ideò debent admitti masculi descendentes ex fœminis, & præferri masculis descendentibus ex masculis institutorum. Dico verum esse, rationem agnationis in casu nonstro non cadere, siue cōsideremus filias istitutas, quæ nuptæ transiuerunt in aliam familiam, siue consideremus duos nepotes institutos. Nam idē plane dici debet, cum fuerint nati ex domina Alda, & pariter nomen alterius familiæ sortiti fuerint. Sed bene dico, quod testatrix vocando masculos priusquam fœminas, intellexit de masculis descendentibus per lineam masculinam, non autem per fœmininam, ne melioris conditionis sint masculi descendentes ex fœmina matre sua, quàm esset illa, si viueret, contra text. in l. si viua matre, C. de bonis maternis. Y el propio caso repite, y defiende idem Riminaldus cons. 782. volum. 7.

Lo mismo respondio Hieronym. Gabr. cons. 166. ex num. 3. vsque ad fin. volum. 2. vbi nu. 4. & 5. concludit, quòd etiam si causa dispositionis non fuerit conseruatio agnationis, nihilominus aliæ coniecturæ sufficiunt, vt vocatio masculorū intelligatur de masculis, dumtaxat veniētibus ex linea masculina. Ac deinde num. 9. subiugit. *Idcirco in testamento matris filios masculos instituentis, & substituentis exclusis fœminis, idem statuunt Doctores, quod de patre similiter disponente, vt respondit Fulgos. cons. 118. Decian. cons. 514. numer. 1. Gerard. Mazol. cons. 5. num. 75. cons. 6. num. 7. vbi testatur de communi, atque inter eius consilia Socin. Iunior cons. 7. num. 14. Roland. cons. 82. num. 41. vol. 3.*

Id ipsum confirmat Peregrin. de fideicommiss. art. 26. num. 16. cum sequentib. donde refiere diuersos autores por vna, y otra parte, mas al fin concluye còn dos conclusiones. La vna en el numer. 17. prope finem, que aunque la disposicion sea de hembra, ò comience en hembra, y en sus descendientes varones, siempre que concurriere el varon de varon con otro varon por linea feminina, deue excluyrle sin dificultad; alegando Socin. Iun. cons. 69. volum. 3. Paul. Leonium consil. 23. 24. 25. & 26. & alios, quos recenset num. 16. La segunda es, que aunque para excluyr los varones de hembra, y comprehender solamēte los varones por linea masculina, no cōcurrā causas de conseruar agnaciō, bastá otros qualesquier fundmētos, ò consi-

ò consideraciones, como son los que se han representado, para induzir el mismo efeto.

Nu. 375. Y aplicase a nuestro caso.

Y si el varon que viene por dos hembras no puede competir con el que desciende de hembra por linea masculina, con mas razon no podra hazer competencia al primero hijo inmediato de la agnata, que haze cabeça, y de quien se deriua la linea masculina, la qual no se podria conseruar sin aquella cabeça y principio de que procede. Y esto fue lo que considerò el fundador en la clausula 31. acompañada con la 4.5. y 7. en quanto quiso por la 31. que el varon inmediato de la hembra agnata mas remota, se prefiriesse à la hija de la agnata mas cercana: y por el siguiente al varō desta. Que aunque se deduze este sentido de la clausula 31. declarase mas por las otras clausulas, de la manera que se hanexpendido.

Num. 376. Idem iudicandū est de principio lineæ, quod de ipsa linea.

Quod quidem ea potissimum ratione fulcitur, quia idem iudicandum est de principio lineæ, quod de ipsa linea, Paul. in l. maritus, num. 5. vers. *Quid ergo*, C. de procurator. vbi Ias. numer. 3. & ibi Doctores, & in l. Gallus, §. nunc de lege Velleia. ff. de liber. & posthum. Alexan. cons. 43. *Ponderatis his*, num. 6. volum. 3. aliàs est, cons. 53. volum. 6. Curt. Iun. consil. 154. numer. 12. ad fin. & num. 13. cons. 172. num. 5. volum 2. Cephal. cons. 5. num. 39. volum. 1. Bursatus cons. 228. num. 5. volum. 3. Imo potentius ius consideratur in causa, quàm in causato, Doctores in dict. l. maritus, Gozadin. cons. 87. numer. 15. Ias. in l. quominus, num. 17. ff. de fluminib. Peregrin. de fideicommiss. art. 26. num. 29. vers. *Circa vero secundum*, fol. 250.

Num. 377. Autores que tienen por el varon inmediato de agnata, cōtra el de dos hembras.

Y que el varon inmediato de agnata tenga precedencia, y mejor lugar, que el que viene por dos hembras, demas de que como està dicho, las clausulas referidas estan claras, en terminos mas fuertes, donde no asistia tanto la voluntad del testador, fundado en punto de derecho lo resoluio Guido Pap. cōs. 28. num 7. ibi: *Tum quia appellatione liberorum masculorū, in casu, de quo agitur, non venit, neque includitur filius natus ex filia, seu nepos ex filia: quia debet intelligi de proximo, & immediato, iuxta l. qui liberis, §. fin. ff. de vulgar. & pupil. &c.* Capra cons. 18. num. 9. ad fin. & num. 10. ibi: *Ad idem & tertiò facit, quia ipse testator non simpliciter substituit ipsum hospitale post mortem dictæ Laurentiæ, & in casu quo decesserit sine liberis, vel sine filijs: sed in casu quo decesserit sine filijs masculis. Hoc enim casu non veniunt ipsi nepotes*

ex filiabus, quantumcumque sint masculi: talia enim verba intelligenda sunt, & intelligi debent de proximis, & inmediate filijs masculis, ff. de vulgar. & pupil. l. qui liberis, §. fin. & ff. ad Trebel. l. ex facto, §. vlt. Quod procedit non solum in feudis, sed etiam in alijs, prout videtur velle Bald. in l 1. C. de condition. insert. Menoch. cons. 172. numer. 22. volum. 2. ibi: *At qui in dubio debemus intelligere de descendentibus masculis immediatè, &c.* Sentit Cephal. cons. 581. nume. 11. vers. *Primò moueor*, & num. 12. volu. 4.

Et ratio est, quia in dubio verba simpliciter prolata de proximo, & immediato intelliguntur, l. qui liberis 8. §. vltim. ff. de vulgar. l. ex facto 17. §. fin. ff. ad Trebellian. Et hoc est, quod dicunt Doctores, verba per prius esse intelligenda, Bald. in l. 1. num. 2. C. de successorio edicto, vbi Doctores, maximè Ias. numer. 2. 3. & 4. qui de communi attestatur, Decius cons. 688. num. 2. Rubeus cons. 94. num. 5. Paris. cons. 110. num. 7. volum. 3. *Num. 378. Verba in dubio de proximo, & immediato intelliguntur.*

POSTERIOR ARTICVLVS.

Que por la pretension que tiene el Conde de Salinas, de auer tomado la possession con licencia de los frayles de san Bartolome de Lupiana, ni por auer hecho las escrituras ante ellos, no adquirio derecho, ni puede impedir este juyzio de tenuta.

FVNDASE El Conde de Salinas, en la clausula 56. que trata del modo de tomar la possession, y dize, que cumpliò con la voluntad del fundador, auiendola tomado por autoridad del Prior, y dos monges de san Bartolome de Lupiana. Y que hizo ante ellos las obligaciones que mandan las clausulas 58. y 59. cumpliendo en todo con la forma dellas: y que por esto ha de ser amparado en la possession. Y que ninguno de los opositores le puede hazer competencia, por no auer cumplido cō las dichas *Num. 379. Pretension del Cōde de Salinas de amparo de possession: y q̄ no ay juyzio de tenuta.*

dichas clausulas, ni acudido ante el dicho Prior, y monges, en conformidad dellas: y que assi no ha de auer lugar el juyzio de tenuta, intentado en el Consejo.

Para responder à este fundamento, se han de presuponer las dichas clausulas.

Clausula 56. en el memorial, pagin. 139. linea 23.

Num. 380. Y clausulas del mayorazgo en q̄ se funda.

PEro por tirar è escusar debates, pleytos, contiendas, que podian recrecer sobre el tomar de la possession de las dichas villa, ò villas, è logares, e bienes, ò qualquier dellas, ò alguna cosa de lo suso dicho vacare, que aquella persona à quien fueren deferidos, e deferido, ê perteneciente, ò pertenecieren, segun mi disposicion, è ordenança, que vaya al dicho Prior de san Bartolome, è a los dos dichos sus monges. E si non ouiere Prior en dicho monasterio de san Bartolome, que vaya al dicho Prior de santa Maria de Guadalupe, è a los dichos sus dos monges. E si non ouiere Prior en alguno de los dichos monasterios, è si los ouiere, è non quisieren acetar este poder, è entremeterse del, que vaya á los dichos tres Oydores legos, e les muestren esta escritura, e les fagan fee, informandoles, como es ella la persona à quien entonces pertenece, e es deferida la dicha villa, ò villas, ò logares, ò bienes, ò alguna cosa de lo que dicho es, e que puedan auer la dicha informacion, sin llamar â ello, e para ello persona alguna, nin la oyr para ello, nin sobre ello, puesto que alguno se quiera oponer a ello para lo empachar. Lo qual fecho, que el dicho Prior de san Bartolome, con los dichos dos sus monges: e non auiendo Prior en el dicho monasterio de san Bartolome, el dicho Prior de Guadalupe, con los dichos dos sus monges: e si non ouiere Prior alguno de los dichos monasterios, ô auiendolos, e non acceptando este poder, nin se entrometiendo â vsar del, que los dichos Oydores legos que lo pongan en la possession de cada vna de las dichas villas, con lo que dicho es, e de qualquier dellas, e le den licencia, e autoridad para que por si mismo pueda tomar e ocupar las dichas villa, ò villas, e logares, e la possession dellas, ò dellos, con lo suso dicho, ò qualquier cosa dello.

Clau-

Clauſula 57. en el mem. pag. 140. lin. 13.

E Si alguno mi deſcendiẽte, o patron, varon, o muger, a quiẽ no ſean deferidas las dichas villa, o villas, è bienes, o alguna coſa de lo que dicho es, nin le pertenezcã entonces, ſegun la orden, è forma, è manera, e regla, è cõdiciones, è modos, ê prohibiciones, è diſpoſiciones, è clauſulas ſuſo declaradas, ganaren la dicha licencia, e autoridad, con relacion, o informacion non verdadera, por ella tomaren, ê ocuparen las dichas villa, o villas, è logares, è bienes, o alguna coſa de lo que dicho es, o cobrare la poſſeſsion dello, o de parte dello, con relacion non verdadera, o lo ocuparen por ſi todo, o por todo, o tomaren de otra manera, o de fecho embargare, o contrariare aquel, a quien pertenece la dicha villa, o villas, è logares, con lo que dicho es, e los dichos bienes, o alguna coſa, o parte de lo que dicho es, que non cobre la poßeſsion de las dichas villas, o de alguna dellas, nin la poßeſsion della, o dellas, e de lo ſuſodicho, e de qualquier coſa que le perteneciere, porfiando ſobre ello, que el que alguna deſtas coſas fiziere, o mandare fazer, que ſin las otras penas que ponen los derechos, que por el miſmo fecho ſea inhabile, e non capaz para auer las dichas villa, o villas, e logares, e bienes, con todo lo que dicho es, e qualquier coſa, e parte dello, e jamas non lo pueda, nin puedan auer, nin heredar, nin aya, nin herede: e que el dicho Prior, e frayles, e monges, e Oydores que ouiere la informacion, den ſus cartas para las juſticias, que le fagan dexar la poßeſsion, e poßeſsiones de lo que ouieren tomado, e tuuieren, e las juſticias ſean tenudas a las cumplir.

Clauſula 58. en el memor. pagin. 140. linea 38.

O Tro ſi quiero, e mando, que aquel a quiẽn pertenecieren, e fueren deferidas las dichas villa, o villas, e logares, e bienes, con lo que dicho es, o parte dello, que antes que ocupe, e aya, e cobre, e tome la poſſeſsion de lo que aſsi le fuere deferido, ante el dicho Prior de ſan Bartolome, con los dichos dos mõges, o ante el Prior de ſanta Maria de Guadalupe, con los dichos ſus dos monges, o ante los dichos

Oydores legos, por la forma e manera susodichas, recibientes las obligaciones en nombre de aquellos a quiẽ atañere, o atañer puede, fagã obligaciõ fuerte è firme de dexar la dicha villa, o villas, e logares, è lo q̃ fuere deferido al tiẽpo que por el ouiere de vacar, segun mi ordẽ, è disposicion, libres, è quitas, è desembargadas, è libre, e quito, e desembargado, a tam bien, e en la guisa, e manera que los recibio, e lo recibio. E en antes que esto faga, e cumpla, que non pueda auer, nin heredar, nin aya, nin heredere de las dichas villa, e villas, e bienes con lo que asi fuere deferido, nin cosa alguna dello.

Clausula 59. en el mem. pag. 141. lin. 16.

E Quiero, e mãdo, q̃ desde el dia que la tal persona ouiere la possession de la dicha villa, o villas, e logares, con lo que dicho es, e de qualquier cosa dello, q̃ le fuere deferido en la manera que dicha es, fasta treynta dias primeros siguiẽtes, se constituya desde entonces por posseedor delas dichas villa, o villas, con lo que dicho es, en nombre de aquel, o aquellas q̃ ouieren de auer la dicha villa, o villas, e logares, con lo q̃ dicho es, que le asi fuere deferido. O si lo empeñare, o obligare especialmẽte, o procediere, o procederà auto alguno de los obligar, e hipotecar, especialmẽte a cosa alguna de lo q̃ dicho es. E si non se constituyere por posseedor, segun, e como, e en la manera que dicha es, en el dicho termino de los dichos treynta dias, que por esse mismo fecho passe e venga la dicha villa, e villas, e logares, con lo que dicho es, que la tal persona ouiere de auer, a otra persona de las personas por mi susodichas, despues de la tal persona que lo ouiere de auer, segun la orden por mi suso dada, bien asi como si la tal persona, que non se constituyesse por posseedor, como dicho es, muriesse de su muerte natural.

Num. 381. *El fundador no quiso quitar el remedio de la tenuta: porq̃ la ley de Toro, por ser declaratoria, se estiẽde a los negocios passados.*

Estas clausulas no impiden el juyzio de tenuta, ni la intencion del fundador, fue, que no le intentassen los sucessores: antes quiso conformarse con la ley 45. de Toro, y con el remedio introduzido por ella, para que su disposicion fuesse cõforme a derecho. Porque aunque la ley se promulgò mucho tiẽpo despues de la fundacion deste mayorazgo: pero ha lugar en este caso, por ser de las de Toro: las quales, como son declaratorias, se estienden a los negocios passados. l. 6. tit. 1. lib. 2. Recopilatio. ibi: *Mandamos, que las leyes por nos hechas, y publi-*

publicadas en la ciudad de Toro en 7. dias del mes de Março del año de 1505. años, que van comprehensas en esta nueua Recopilacion, como leyes generales, en los pleytos y causas que despues de la dicha publicacion de nueuo se huuieren començado, o començaren, o mouieren, los juezes de nuestros Reynos las guarden, y cumplan, y executen en todo, segun que en ellas, y en cada vna dellas se contiene, aunque los casos, y negocios, sobre que los dichos pleytos se començaron, o se començaren, o mouieren de aqui adelante, ayan acaecido, y passado antes que las dichas leyes se hiziessen, y ordenassen, excepto en los casos que las dichas leyes de Toro expressamente dizen y declaran, que no se entiendan, ni estiẽdan a las cosas, y negocios passados.

Y que en fuerça de ser declaratorias las leyes de Toro, se estienda su disposicion a los casos passados, sin que pueda auer duda en esta proposicion, ex dict. l. 6. eleganter resoluit Molina, lib. 3. capit. 6. num. 24. & in specie. l. 45. Tauri, Velazquez de Auendaño, ibidem gloss. 8. num. 4. porque esta ley es declaratoria de la 7. tit. 4. part. 5. leges enim, quæ ad declarationem iuris antiqui tendunt præterita facta decidunt, quemadmodũ & futura. l. vlt. C. de pactis, cap. cum tu. 5. iuncta gloss. verbo, sique post, de vsur. authen. de raptorib. §. vltim. ad fin. collat. 9. ibi: *Quam interpretationem non in futuris tantũmodo casibus; verùm in præteritis etiam valere sancimus, tànquã si nostra lex ab initio cum interpretatione tali promulgata fuisset à nobis*, Doctores in l. omnes populi. ff. de iust. & iur. & in capit. vltim. de constitutionib. vbi Felin. num. 4. fallen. 2. Bald. in l. non dubium, num. 2. versic. *tertio nota*, C. de legib. & consil. 91. *primo statuto*, nu. 3. versic. *solutio*, lib. 4. Alex. consil. 7. numer. 4. versic. *Sed ita est*, lib. 2. vbi dicit communem, Bellamera, consil. 33. num. 40. Ioannes Baptista à Sancto Seuerino in l. omnes populi, num. 151. versic. *Superest tertius*, ff. de iust. & iur. Gabriel. lib. 6. tit. de regul. iur. conclus. 3. num. 10. Magon. Lucensi, decis. 88. nu. 22. Surdus, decis. 29. num. 6. Mandel. Albens. consil. 761. num. 91. vol. 4. *Num. 382.*

Leges quæ ad declarationem iuris antiqui tendunt, præterita facta decidunt, quemadmodũ & futura.

Pero no es necessario insistir, en que sean declaratorias las leyes de Toro: porque quando no lo fueran, ay ley expressa, que dize, que se estiendan a los casos passados, dict. l. 6. titul. 1. lib. 2. Reco. Quoties enim, lege cauetur præteritis, aut præsentibus casibus subuenire legislatorem voluisse, eis esse cõsultũ, non

Num. 383.

Quando las leyes de Toro no fueran declaratorias, està determinado que se estiendã a los negocios passados.

non dubium est.l.sancimus 17. C. de sacrosanct. Eccles.l. leges,& constitutiones, 7.C.de legib. l.vltim. C. de transaction. l.de vsuris 27.C.de vsuris,authent.vt cum de appellatione cognoscitur in princ.capit.vltim.de constitut. capit. cum in cunctis, 7.§.inferiora,versic. *Hoc sanè*,de election. capit.de liberatione, 4. §. prohibemus ad fin.de offic.leg. lib. 6. Doctores in dict. l. omnes populi. ff. de iustit. & iur. & in capit.vltim.de constitut.Magon.Lucen. decis.88. numer. 10. Amatis, decis. 50.num.36.Socin.Iun.consil.21.volum.1.Hondedeus, consil. 14.num.42.volum.2.

Num.384. La ley de Toro, no mira a la decisiõ, sino a la ordenacion del pleyto: y por esto comprehẽde los negocios passados.

Y aunque no huuiera ley, que dispusiera, que las de Toro se estendieran a los casos passados, sino que de nueuo despues de hecho este mayorazgo, introduxera el remedio de la tenuta, sin que se proueyera a los casos passados, comprehendiera el nuestro: porque aquel remedio no mira a la decision, sino a la instruccion, y ordenacion del pleyto, y conocimiento de la causa, que es caso no passado, sino que sobreuiene despues de hecha la ley: y asi necessariamente la ley, que por su naturaleza comprehende los casos venideros, es comprehensiua del juyzio, y modo de proceder de los negocios passados: pulchrè Bald.in l.leges,& constitutiones, numer. 2. C. de legib. præsertim ibi: *Si autem constitutio loquatur circa ordinationem sententiæ, vel processum causæ, tunc attenditur statutum nouum: quia licet causa prima sit de præterito, causatum, super quo disponitur ipse modus procedendi, est de futuro, &c.* Vbi allegat Archidiacon.in capit. de liberatione, num.3.in fin.de offic.legat.lib.6. & tandem cõcludit idem Bald.dict. numer.2. ad fin. *Ex hoc ergo sequitur, quód aut disponitur de contractu, aut de iudicio: primo casu intelligitur de contractu futuro: secundo casu intelligitur de iudicio futuro, licèt pendeat ex contractu præterito.*

Num. 385. Spectantia ad iudicis ordinationẽ sunt facta futura & ideo lex noua ea comprehendit.

Vnde illa, quę sese post offerunt, iudicij inchoationem, seu ordinationem spectantia, futura sunt facta, eaque leges propria vi, atque natura complectuntur.l.2.in princip.& in §.vltim.C.de iureiur.propter calumn.dando. l.properandum.12. l.rem non nouam, 13. C.de iudic.l.comparationes 19.versic. *Omnes*,C.de fide instrument.gloss.verbo,de cætero, in capit. licet Canon.14.de elect.lib.6.Cyn.in l.leges,& constitutiones 7. ante numer. 1. versic. *Primo casu*. C. de legib. Bartol. in l.

omnes

omnes populi, numero 44. versicul. *Quarto casu*, ff. de legibus, vbi tradunt omnes. idem Bart. in dicto l. 2. §. vltimo, numero 2. Baldus in l. sancimus nemini, 17. numero octauo, C. de Sacrosanctis Ecclesijs. Felinus in capite final. de constitution. numero decimo, fallentia quarta. satis ad rem Albens. consilio 749. numero 1. & 2. volumine 4. his verbis: *Nec quicquā facit, quòd contractus, propter quos nūc litiga tur, fuerint celebrati ante editas nouas constitutiones. Respō detur enim, quòd id procederet in his, quæ pertinēt ad decisio nē: in his autem quæ pertinēt ad litis ordinationē, vt est cōpe tētia iurisdictionis, tunc absq; vllo dubio lex noua comprehē dit omnes casus futuros, licēt depēdeāt à negotijs præteritis, vt clarè tradit Bart. in l. fin. §. fin. C. de iuram. calum. & in l. omnes populi, in 5. quæst. princ. circa 3. col. ipsius quæstionis, quarto casu, quando lex, ff. de iust. & iur. & Bald. in l. sanci- mus in fin. C. de Sacros. Eccles. & id habēt pro expedito Cano nistæ in c. fin. extra de constitution.* Como si dixera, q̄ si el statuto da nueuos juezes, ò nueua forma de juyzio, se ha de estar à lo que el dispone en los pleytos, que despues de su promulgacion se ofrecen: cui addo Bal. in l. leges & cōstitutiones, nu. 3. in fin. & nu. 4. ibi: *Per hoc consului in quadā quæstione: deputati erant in ciuitate Florentiæ aliqui in quæstionibus Doctorū, postea sunt eis adiuncti alij duo: quærebatur, an isti adiūcti viderentur adiuncti in litibus pendētibus corā primis? & dicebant quidā, quòd non, per l. 1. ff. de offic. consul. sed ibi loquitur in iudicibus habētibus iurisdictionē, quilibet in solidū: vnde illa lex non facit ad propositū. Consului, quòd adiūcti essent necessarij ad reliquum processum: quia lex noua respicit formam processus, & processus habet partes distinctas. Vnde quantum ad præterita non stamus statuto, sed quantum ad futura sic.* Angel. cons. 214. primo est vidēdū, nu. 3. Felin. in cap. fin. de const. num. 10. in princ. vers. & *vide Bal.*

Y como las acciones, y remedios tienē respeto a los juyzios para la execuciō de los contractos, testamentos, y disposiciones, de donde emanaron, si la ley q̄ sobreuiene à estas disposiciones, dà nueuo remedio, y modo para intentar, y proseguir los juyzios, este como ordinatorio està comprehendido en la ley, sin embargo de la depēdencia del contracto, ò disposiciō anterior. Ex quo dicunt Doctores, quòd quādo statutū tribuit instrumentis virtutem executiuam, ad instrumenta antea cō- *Num. 36. Statutū tribuens instrumentis virtutē exequtiuā comprehendit instrumenta antè confecta.*

 fecta

fecta etiã pertinet, Bart. in l. omnes populi, nu. 45. ff. de iust. & iur. vbi Ioan. Bapt. de Sãcto Seuerino, nu. 152. & alij, Abb. in c. fin. de constit. nu. 11. post medium, vers. *sicut in simili*, vbi Barbat. nu. 46. Felin. nu. 10. in princ. & alij, Socin. Iun. cons. 21. nu. 12. vol. 1. elegãter Menoc. cons. 240. n. 38. vol. 3. dõde aunq̃ pone por oposicion esta conclusion, confiessa el assumpto, y pretẽdiendo responder en el num. 39. con los siguientes, no halla otra salida, sino es dezir, que su caso no estaua en termino de ordinatorio, sino de decisorio. Et huius instituti rationem satis consonam recenset his verbis.

Respondetur, prædictum statutũ de instrumento exequẽdo loqui in iudicijs ordinatorijs, in quibus clarũ est, quod statutũ respicit, & actus præteritos in futurũ terminandos, sicq̃; instrumenta antea confecta, & post conditum statutum exequenda. Ita vere loquitur Bart. in d. l. omnes populi, nu. 44. vers. quarto casu, & ibidem Cacialupus, nu. 151. versi. quarto casu, & in specie declarat Barbat. in cap. vlt. num. 46. de cõstitut. & huic simile est omnino, quod docuit Crotus in d. l. omnes populi, nu. 138. dum scripsit, quòd statutum permittens debitorem posse prehendi, & carceri includi petente creditore, habet locum etiam contra debitorem, qui ante conditum statutum obstrinxit se creditori. Et simile subiunxit Crotus de compromisso inter litigantes affines faciendo, vt locum habeat statutum inter litigantes ante conditum ipsum statutum, cũ statuta hæc iudicia ordinatoria respiciant. Est etiã simile, quod scripsit Crotus eadem in l. omnes populi, nu. 149.

De donde se infiere, que si como pretende el Conde de Salinas el remedio de la tenuta por qualquiera ley que sea, sobre uino à la disposicion deste mayorazgo, como quiera q̃ se ha intentado despues de la ley, que lo introduxo, sin duda està cõprehendido en ella el caso presente: porque no mira à lo decisorio, sino à lo ordinatorio, y se endereça à la execuciõ de la escritura del mayorazgo: porque es remedio sumario, y executiuo el de la tenuta. Y assi justamente le pudo intentar la señora Doña Iuana en el Consejo.

Num. 387. Oponese que es remedio extraordinario, y que cessa cõ la prouision del fundador.

No obsta lo q̃ en cõtrario se apũta, q̃ el remedio q̃ induze la l. 45. de Toro, es extraordinario, y cõtra el derecho comũ, l. cũ heredes, 23. ff. de acquir. possess. y q̃ por esto ha de cessar por la prouision del fundador, en q̃ cometio al Prior, y Frayles de Sã Bartolome la missiõ en possession. Porque se responde.

Lo

Lo primero, que el remedio que introduze la l.45.de Toro, no es extraordinario, ni repugnante al derecho comun, antes ordinario, y cõforme à el: aduirtiendo, q̃ el derecho comũ de nuestro Reyno es el de las leyes de Partida, y las demas leyes Reales, y que la l.45.se conformò con lo q̃ antes tenia dispuesto la l.7.tit.4.part.5. Y assi lo considerò en este caso Molin.lib. 3.cap.12.num.10.vbi ita inquit. Num. 388. *Respuesta primera, que no es remedio extradinario, ni repugnante al derecho comun.*

Sed quanuis hoc prima facie verũ esse videatur, mihi autẽ id exactius consideranti dicendũ videtur, in primo dicto eã legẽ esse iuri cõmuni huius Regni consonã, cum, vt prædiximus, dictæ l. Partitarũ concordet. Que fue lo q̃ dixo en el nu. 3.cum seq. donde prouò por la letra de la ley, non solũ dominium, sed etiã possessionem rerum donatum trãsire ipso iure in donatarium, & num.5.inquit, per l. 45. Tauri eam decisionem ad primogenia etiam pertinere. Y assi contiene la misma determinacion. Por lo qual prosigue Molina supra nu.11. *Ius namquè commune regnorum est illud, quod in legibus partitarum, atquè alijs legibus huius Regni statutum inuenitur. Nec leges Pandectaram, nec Imperatorum in his Regnis tanquam leges. sed tãquam dicta sapientum accipienda sunt, prout in l.1. Taur. dispositũ est, atque ex pluribus probat Palac. Rub. in repet. rubric. de donat. inter vir. & vxor. in princ. nu.16 idipsum etiam dixit Carol. Grass. libr.1. regal. Franciæ in 7. iure, pag. 94. cum seq. vbi ex pluribus probat, leges Imperiales à Gallis non admitti, nisi quatenus ratione nituntur.* Con que se responde à la l.cum hæredes, 23.ff.de acquir.possess. porque no es este el derecho comun de Castilla, sino la ley de la Partida. Num. 389. *Ius commune his Regnis consistit in legibus partitarum, & alijs Regijs.*

Y mas propiamẽte hablando, la misma l.45.de Toro es derecho ordinario, y comun preferido en su obseruãcia à las leyes de Partida: porque no es estatuto, ni ordenança particular, sino ley general, y comun en estos Reynos, dict. l. 1. Tauri, l.3.titul.1.libr. 2.recopilatio. La qual refiere la ley, que el señor Rey Don Alonso el onzeno promulgò en Alcala Era de 1386. que dispone lo mismo: y auiendola referido en el versiculo: *Ordenamos, y mandamos*, manda que se guarde aquella ley, y que las leyes del ordenamiento, y recopilacion se obseruen en primero lugar, ibi: *Que lo que se pudiere determinar por las leyes de los ordenamiẽtos, y pragmaticas por nos hechas, y por los Reyes, dõde nos venimos, en este libro* Num. 390. *La l. 45. de Toro es derecho ordinario, por ser ley general.*

con-

contenidas, y las de los Reyes que de nos vinieren, en la dicha ordenacion, y decision, y determinacion se siga, y guarde lo que en ellas se contiene, &c. Et ibi: *Y lo que por las dichas leyes de ordenamientos, y pragmaticas deste nuestro libro, y fueros no se pudiere determinar, mandamos, que en tal caso se recurra à las leyes de las siete partidas, fechas por el dicho señor Rey Don Alonso nuestro progenitor: por las quales en defecto de los dichos ordenamientos, leyes, y pragmaticas, y fueros, mandamos, que se determinen los pleytos, &c.* Teniendo pues primero lugar las leyes de Toro, ordenamiento, y recopilacion en su origen constituyen derecho comun, y no ay otro, que se les pueda contraponer: porque el de los Emperadores no es derecho comun en Castilla, y se alega en solo fuerça de razon, y el de las partidas es subsidiario.

Num. 391. Leges generales iuris communis, etiam exorbitantes, dicuntur ius commune.

Y aunque entre las leyes de derecho comun ay algunas, que contienen derecho extraordinario, que se llama exorbitante, l. quod verò contra, 14. cum duabus sequentibus, l. quod non ratione, 39. ff. de legibus, l. 1. ff. de constitution. Princip. l. si verò, 65. §. de viro, ff. solut. matrim. l. quod contra rationem, 183. ff. de regul. iur. capit. quæ à iure communi, 28. de regulis iuris, lib. 6. entiendese esto, quando las leyes no comprehenden à todos, para que con ygualdad se puedan valer dellas: pero quando son generales, como lo son la ley 45. de Toro, y las que por ella dan este remedio, hoc dicitur ius commune, & generale, quod quidem in publicam vtilitatem, & in omnes æquè constituitur, l. prima, l. iura non in singulas, 8. ff. de legibus, l. vnica, §. quibus, ad finem, C. de nouo codice faciendo, l. leges, vt generales, 3. C. de legibus, §. quia verò verisimile, versicul. *oportet enim*, in authentico de non alienandis, aut permutandis rebus Ecclesiæ, cap. erit autem lex, quarta distinctione, l. 16. titulo 1. part. prima, l. prima, titulo primo, libro secundo, recopilationis, Doctores in l. prima, ff. de legibus, & in capit. primo, de constitution. ius verò singulare contra tenorem rationis propter aliquam vtilitatem authoritate constituentium introductum est, l. ius singulare, 16. ff. de legibus, l. 1. ff. de constitution. Princip. l. post liminij, 5. ad finem, ff. de captiuis, & post liminium reuersis, l. si quando, 35. C. de inofficioso testamento. Idquè ad priuilegium, non ad ius commune, quia non omnes res-

respicit, referendum esse ratio ipsa dictat, vt explicando textum in dict.l.ius singulare considerant Corasius de iure ciuili in artem redigendo, lib.2.cap.10.ad fin.tomo 1.tractatuum, fol.69. Horatius Lucius de priuilegijs scholarium in præfatione, numer.1.tomo 18.tractatuum, fol.69. Cuiacius lib.15.obseruationum, capit.8. Priuilegium enim lex priuata appellatur, cap. priuilegium, 3.distinctione, glos.1.in cap.1.de rescrip. vbi Doctores. Quod ad communem, & generalem obseruantiam non est trahendũ, l.leges vt generales, 33.C.de legib.l.neque Dorotheum, 61.C.de decurionib.lib.10.

Quam rationem in terminis sectatur, Alexand. consi.132. *in causa inter vniuersitatem*, volum.4.num.2. versic. *Non obstat, quòd prouisio hominis faciat cessare prouisionem legis: quia respondent gloss. & Doctores in dict.l.2. & alij in locis supra allegatis, & Bart. in l. si cum dotem, in prin. ff. solut. matrim. & in dict.l.habet, §. cum quis, quod illud procedit, quando prouisio legis erat contra ius commune, & extraordinaria, & sic concessa in priuilegium alicui contra ius commune, sed ita est, quod de iure communi, & municipali est ordinarie prouisum, quòd conductor non soluens possit expelli, vt dixi in alijs allegationibus: ergo illa prouisio pœnæ non facit cessare prouisionem legis, vel statuti prouidentis de expellendo, &c.* Idem Alexand. consil.118. *in casu de quo quæritur*, num.25.vol.5.ibi. *Sed bene per peouisionem hominis receditur ab extraordinaria prouisione legis inducta in priuilegium contra ius commune, ita loquitur l. fin. C. de pactis conuentis, & notatur per glos. & DD. in l.2.C.de iure emphiteutico.* Idque agnoscunt alij, quos statim recensebo.

Vnde cum lex 45. Tauri ius ordinarium contineat, absonum quidem est, & à ratione prorsus alienum dicere, quòd ius commune oppugnet, & ideò prædictam decisionem nulla hominis prouisio subuertere valet, quæ extraordinariam tantùm, non ordinariam legis prouisionem tollere potest, Bald. in l.vltim.numer.5. C. de pact. conuent. vbi Doctores, Alexand. in l. si cum dotem, num.4. & ibi etiam Doctores, & in l. si extraneus 6. ff. de condict. caus. data, causa non sequuta, & in l.2.C.de iure emphitheo. vbi Ias. numer.143. & in §. item Seruiana, num.69. & 70. instit. de actionib. Gabriel lib.6. tit. de regul. iur. conclus.8.num.4. Osascus Pedemont. decis. 23. nu.

Nu. 392. Prouisio hominis non potest tollere prouisionem legis ordinariam.

 10.Cra-

10. Crauetta conſ.442.num.2. volum.3. Beroius conſ.140. nu. 3.volum.2.Beccius conſ.82.nu.20.Hippolyt.Rimi. conſ.398. num 14.& 15.volu.4.conſ.765.nu.40. vol.7. Mandel.Albenſ. conſ.730.num.13.volum.3.Menoch.conſ.372. nu.33. volu.4. Surd. conſ.339. nume.25.volum.3.Vveſembec.conſ.8. num. 42.lib.1.Federicus Scothus conſ.11.num.8.lib.6.tom.2.quod eſt commune Doctorum placitum,Bellon. conſ.22.nu.3. Villalob.commun.opin.verbo,prouiſio,num.384. & alij ex his, quos proximè retulimus.

Num. 393. Reſpueſta 2. que lo proueydo por el fundador, no cōtradize a la ley 45. y al remedio de tenuta: y quando fueran incompatibles, la ley q̄ ſobreuino lo quitara.

Lo ſegundo ſe reſponde, que lo que proueyò el fundador deſte mayorazgo, no contradize à lo que diſpone la ley 45. de Toro, ni al remedio de la tenuta: porque aunque dize, que ſe acuda al Prior, y dos monges de ſan Bartolome de Lupiana, no prohibe que en el Conſejo no ſe intente la tenuta, y ſon ambos remedios compatibles. Y dado caſo que no lo fueran, ſi como pretende el Conde de Salinas, deſpues de la fundaciō deſte mayorazgo ſobreuino la ley de Toro, y el remedio de la tenuta: las leyes que deſto tratan ſin duda quitaran la diſpoſicion del fundador, que fuera contraria à ellas, ex celeberrimo Bartoli conſil. 12. *Quæritur vtrùm elapſo*, per totum. lib.2.vbi nu.3.verſ. *Ad contraria*, concludit his verbis.

Aut concurrunt duæ diſpoſitiones ſecundum idem tempus: aut de iure communi: aut vna ex propria prouiſione, altera ex priuilegio. Si ambæ ex communi iure, vna non impedit aliam, vt iuribus ſupra allegatis. Si vna ex priuilegio, alia ex prouiſione hominis: illa hominis impedit legis priuilegium. l.cum antea, C.de arbitris, dict.l.vlt. C.de pact. conuent. Aut vna ſuperuenit alteri: & ſi fuerint contrariæ, & ſe non compatientes: tunc per vltimam videtur receſſum à prima, ſi ſecunda poteſt tollere primam: aliàs prima tollit vltimam, l.pacta nouiſsima, C.de pactis, l. Sancimus, C. de teſtamen. & l.poſt diem, de lege commiſs. Item informatur ſequens à prima, & diſponit ſecundum ipſam, ſi ordinatur ad illam, & facit relationem ad ipſam, l.ſi quis priore, ff. ad Trebellian. inſtitut.quib.mod.teſtament.infirm.§.ſed & ſi quis priore. Aut ſe compatiuntur, & vna non impedit alteram, niſi hoc agatur, vt dict.l.vlt. C.de nouat. inſtit. quib. mod. toll. oblig. §. prætereà, & d l.non recte.

Num. 394. Si prouiſio hominis & legis non

Hæc etiam pertinet Baldi conſ.329. *Caſus talis eſt, quidam Nicolaus*, volumin.1 num.1.verſic. *Ex aduerſo reſpondetur,*

tur; quòd in toto contractu dictæ locationis, nihil est dispositũ vltra, vel contra dispositionem iuris communis: & sic prædicta argumentatio non habet locum. Item dato quod aliquid reperiretur contra, vel præter dispositionem iuris communis, tamen non reperitur tale, quod faciat cessare prouisionem legis, & si quid specialiter prouisum reperiretur: tamen ex quo prouisio contrahentium non fuit apposita animo nouandi prouisionem legis, non potest dici sublata legalis prouisio, ff. de re iudicat. l. 4. §. si ex conuentione, & de except. rei iudic. l. penul. à contrario sensu. Præterea in dicto contractu non est dare aliquam prouisionem specialiter introductam, quæ non possit concurrere cum prouisione legali: meritò ergo dicendũ est, prouisionem legalem non deficere, neque sublatam esse, dict. § si ex conuentione.

repugnant, sed tẽdunt ad eundem finem, vna non tollit aliam.

Baldum sectatur Craueta cons. 442. num. 5. volu. 3. vbi respondit, legis prouisionem non tolli per prouisionẽ hominis, quando vna alteri nõ repugnat, idq; in numeris sequẽtibus ex pluribus comprobat. Y va hablando en dos remedios, q̃ miran a vn mismo fin de valuar, y estimar: el vno por peritos: y el otro por subhastacion. Y auiendo opuesto en el nu. 11. de la regla, Inclusio vnius, est exclusio alterius: huic argumẽto responsum præbet nu. 12. quòd inclusio vnius, non excludit alterũ, si ambo in idem tendant, & eundem finem respiciãt, & optimo simili comprobat. Idque antea dixerat Roma. cons. 121. *Circa primum*, nu. 1. vers. *Nec huic sententiæ*, & nu. 2. vbi affirmat, per conuentionem contrahentiũ legis prouisionem non euacuari, sed potiùs manifestari, quando specialis contrahentium conuentio idem continet, quod ipsius legis prouisio. Vbi additio Mandos. lit. B. refert Claudiũ de Seysel. in l. si cum dotẽ, in prin. ff. solut. mat. Gabriel lib. 6. tit. de regul. iur. conclu. 6. nu. 9. Pedrocha cons. 14. num 35. & probant l. creditor 28. ff. si cert. petat. l. qui mutuam 56. ff. mandat. Et casus in dispositione hominis omissus manet in dispositione, seu prouisione iuris communis, l. si extraneus 6. ff. de condi. caus. data, l. si cum dotẽ 23. ff. solut. matr. Vvesembechius cons. 28. nu. 29. in fin. lib. 1. Mandel. Albens. cons. 138. nu. 19 cons. 173. nu. 14 volu. 1.

Casus omissus remanet in dispositione iuris communis.

Nu. 395. En nuestro caso nó ay contrariedad, y ambos remedios se endereçan a vn mismo fin, q̃ es a conseguir la possessiõ, ò por medio del Prior, y monges, ò por el de tenuta, q̃ son compatibles, como lo son los remedios q̃ tienen respeto al mismo fin,

Y aplicase esto â nuestro caso, por ser ambos remedios para la possession.

ŷ efe-

y efeto. Baldus in l. certi iuris, nu. 17. C. de locato, Menoch. de adipiscend. posses. remedio 3. num. 154. cum sequentib. & hac ex causa quando statuto cautum est, quòd possesio defuncti in hæredem continuetur, hoc remediũ est compatibile cũ remedio proueniẽti ex l. fi. C. de edict. Diui Adria. tollẽ. Bald. in Rubr. nu. 13. de caus. poss. & propriet. Ias. in l. si sorori, nu. 2. versic. *Limita tamen quod dixi*, C. de iure de liber. Decius cons. 84. *excellentissimi Doctores*, nu. 1. post princip. lib. 1. Barbat. cons. 58. *Verissimum hoc est*, nu. 15. vol. 2. vbi adducit tex. in l. 1. C. de dona. quæ sub mod. probantẽ, quòd reiuẽdicatio, quæ competit de iure speciali, non excludit remedium ordinarium condictionis ob causam, & in specie, l. 45. Taur. resoluit Greg. glos. 13. ad fi. in l. 2. tit. 14. part. 6. Azeuedo in l. 8. tit. 7. lib. 5. recopilat. num. 4. Quoties enim duo remedia competunt, ordinarium, scilicet, & extraordinarium, ita sunt compatibilia, vt simul concurrere posint, Bald. in l. 2. nu. 10. C. de iure emphit. & in l. in prouintiali, §. 1. num. 4. ff. de noui operis nuntiat. vbi Angel. num. 4. & alij, Alexand. in dict. l. 1. §. in operis, numer. 2. Ias. in l. clam posidere, §. qui ad nundinas, num. 54. ff. de acquir. posses. Corn. cons. 202. nu. 7. lib. 4. Socin. Iun. cons. 35. nu. 13. lib. 3. Afflict. decis. 326. Sfortia de in integr. restit. quæst. 17. artic. 2. num. 2. Menoch. de adipisc. posses. remed. 4. num. 424. ad fin.

Num. 396. Respondese a la replica del Conde de Salinas, de la pena de la clausula 57. que not a ta deste remedio.

Replica el Conde de Salinas, de la clausula 56. y 57. diziendo, que por la 56. puso forma el fundador, como, y ante quiẽ se auia de pedir la possesion, y que esta estan obligados los sucessores aguardar, sin vsar de otro remedio. Y por la cincuenta y siete, pena al que contrauiniere, de que sea incapaz de la sucesion.

Cui obiectioni obuiam ire licet, ex his quæ dicta sunt: porque siendo remedio ordinario el de la ley 45. de Toro, y compatible con el que dio el fundador, no pudo ser su intencion de excluyrle: Ni por la clausula 56. la qual ni pone forma, ni excluye este remedio: porque aunque dà el otro, por inclusion del, no se puede dezir que queda excluydo el de tenuta, vt diximus: Ni por la clausula 57. la qual no pone pena al que acudiere al Consejo, pidiendo la tenuta, sino al que de hecho, è injustamente tomare la possesion, o hiziere contradicion al verdadero sucessor por medios indeuidos, ibi: *O lo ocuparen por si todo, ó por todo, ò tomaren de otra mane*

ra,

ra,ò de fecho embargare,ò contrariare à aquel,a quien pertenece la dicha villa,o villas,o logares,con lo que dicho es,e los dichos bienes,o alguna cosa,o parte de lo que dicho es, que nõ cobre la poßession de las dichas villas,o de alguna dellas,ni la possession della,e de ellas,e de lo susodicho,e de qualquier cosa que le perteneciere porfiando sobre ello. Que el que alguna destas cosas fiziere,o mandare fazer,que sin las otras penas que ponen los derechos,por el mesmo fecho sea inhabile,e non capaz,para auer la dicha villa,o villas,e logares, e bienes,con todo lo que dicho es,e qualquier cosa,e parte dello, e jamas non la pueda,ni puedan auer,ni heredar,ni aya,ni herede: è que el dicho Prior,è frayles,è Monges,è Oydores,que ouiere la informaciõ,den sus cartas para las justicias, que le fagan dexar la poßession,è poßessiones de lo que ouierẽ tomado,è tuuieren,è las justicias sean tenudas a lo cumplir.

Todas estas palabras se endereçan à controuersia,y contradicion,no de derecho,ni por medios justos, sino de hecho, y por medios injustos. Y no se contento el fundador con palabras significatiuas de la possession de hecho,como son: *Ocupar,y tomar*,sino que para mas declararse,dixo: *O de fecho embargare,o contrariare à aquel a quiẽ pertenece la dicha villa,o villas,&c.* Demostrando,que la contradicion se auia de hazer por persona,à quien no perteneciesse la sucession,y que auia de ser hecha à aquel,à quien perteneciesse: luego bien claro es,que no sintio de controuersia justa,sino de la injusta,que hiziesse el que no tuuiesse derecho à la sucession. Y assi aun en caso de controuersia,y contradicion,y aprehension de possession,el justo, y verdadero sucessor inmediatamente llamado no incurriria en la pena: y mucho menos quien acudio al Cõsejo à pedir la tenuta por remedio ordinario introduzido por las leyes del Reyno, vsando de medios justos, y deuidos, l. factum cuique 198. versi. *Non videtur*, ff. de regul. iur. *Non videtur* (inquit Paulus) *vim facere, qui iure suo vtitur, & ordinaria actione experitur*, l. iniuriarũ. 13. versi. *Is qui*, ff. de iniurijs, ibi: *Is qui iure publico vtitur, non videtur iniuriæ faciẽdæ causa hoc facere: iuris enim executio non habet iniuriam*; l. Aurelio 21. §. 1. ff. de liberat. lega. glos. verbo, contradictores, in cap. pro illorum. 22. de præbend. ibi: *Et alij etiam, qui de facto contradicunt, non de iure*, glo. verbo, inferatis, in cap. 1. de statu Monachor. vbi explicando textum, qui prohibet, mo-

Num. 397.
La contradicion de q̃ trata la clausula 57. ha de ser por medios injustos, y contra verdadero sucessor.

lestiam inferri, subijcit: *Nisi hoc solum, quod Canones iubent*. Doctores in l. Lutius 78. §. tres hæredes. ff. ad Trebellian. & in l. 1. C. de vsufruct. & in l. vnica, C. de his quæ pœnæ nomine, vbi Bald. nu. 27. & latè eius additionator litera R. versi. *Item quæro*, Mainerius in d. l. factum cuique, 198. §. non videtur, ff. de regul. iur. Felin. in cap. causam quæ 18. num. 24. de rescript. Doctores in cap. in pręsentia, de probat. vbi Decius nu. 3. Paris. in repetitione illius textus, nu. 12. tomo, 3. Canonicarum repetitionũ, fol. 189. Beroi. consi. 2. nu. 9. vol. 3. Riminald. consi. 551. nu. 28. lib. 5. Surd. consi. 203. nu. 42. in fin. & num. 43. lib. 2. Pedrocha consi. 7. nu. 24. latissimè ex plurium relatione disputando multis hinc inde collectis fundamentis, ita resoluit Vincẽ. Carot. decis. 36. & 45.

Num. 398. Molestiæ prohibitio intelligitur de facto, non de iure.

Quæ conclusio multo magis locum obtinet in pręsenti casu, in quo testator verbis expressis facti molestiam tantum vetuit, qui & si ad factum non se referret, sat esset, quòd controuersię iuris non meminerit, cuius non facta mentione molestia solum facti, & quæ indebitè, iniustè, & malo animo illata est, prohibita tantum censetur, l. si seruum, 70. §. ait prætor, vbi gloss. verbo, non videri, ff. de acquir. hæredit. Bald. in l. vnica, C. de his quę pœnæ nom. numer. 27. Deci. consi. 581. num. 11. volu. 2. eleganter Socin. Iun. consi. 115. numer. 27. cum sequentibus, vol. 1. Peregrin. de fideicommiss. art. 35. num. 7. fol. 321. Surd. consi. 203. num. 43. volum. 2. Carotius dict. decis. 36. num. 12.

Num. 399. Respuesta 2. que la causa final desta disposicion cessa en nuestro caso.

Ex prooemio inducitur causa finalis.

Lo segundo, porque la causa final de las dichas clausulas se endereça à quitar debates, y contiendas, que es la razon proemial de la 56. ibi: *Pero por tirar e escusar debates pleytos cõtiendas, que podrian recrecer sobre el tomar la possession, &c.* Et compertum est ex prooemio disponentis mentem explanari, sequentia explicari, & causam indicari finalem, l. vlt. ff. de hæred. instit. l. cum pater. 79. §. dulcissimis, ff. de legat. 2. Molina lib. 1. cap. 5. numer. 6. Mantica de coniectur. vltimar. voluntatum, lib. 6. titul. 13. num. 2. Surdus consi. 381. num. 8. cum sequentibus, volum. 3. Ioann. Garcia de nobilit. in diuis. legis, num. 2. cum pluribus sequentibus, Cornazan. decis. 4. nu. 1. & 10. Y como esta clausula fue tal, que sin ella no hiziera esta disposicion el fundador, no fuera necessario ponerla en el proemio, para que fuera final: ea enim dicitur causa finalis, sine qua quis non esset aliàs facturus, Surdus consil. 164. numer. 31. volumi.

Num. 400. Causa finalis quæ dicatur.

umine. 2. Y es assi, que por el remedio de la tenuta cessa esta causa, que mouio al fundador, para proueer, que se acudiesse a los frayles: porque se introduze en el Concejo, donde justissimamente no se temen estas dificultades, ex vulgata, l. vltim. ff. quod metus causa, l. 1. C. de his, qui per metum iud, non appella. ibi: *In sacro enim Comitatu nostro timere nihil potuisti*, Iason consi. 91. *Visis, & consideratis*, volumin. 3. numer. 3. ad finem consilij in impressione antiqua, & in nouissima, numer. 24. & 25. vbi allegando text. in dict. l. vltim. ita inquit: *Per quem textum notat ibi Bart. quòd in omni loco, vbi viget iustitia, non est verisimilis, nec præsumptio metus, nec violentiæ. Item per illum textum in dict. l. non est verisimile, dicit Innocent. in capit. 2. circa finem, de alienat. iudi. quod non est verisimile, quem pati violentiam in loco iustitiæ.* Cessante ergo causa finali, cessat effectus, l. adigere. 6. §. quamuis, ff. de iur. patron. c. cum cessante. 60. de appellation. Surd. consil. 445. numer. 30. cum sequentibus, volumin. 3. & cessante causa exclusionis, cessat exclusio, Surdus consili. 85. numer. 8. volumi. 1.

Lo tercero, porque no se puede entender, que el fundador quisiesse quitar el remedio de la tenuta, de que no tenia noticia, ni pudo venir en su consideracion, vt considerat Crauecta consili. 442. numer. 17. volumin. 3. ibi: *Septimo respondeo, quòd inclusio vnius non excludit alterum, quod includens ignorabat, l. Tribunus, §. fin. vbi Bald. ff. de testamen. mil. sequitur Iason in l. maritus, 4. notab. C. de procurat: sed agens ignorabat edictum Curiæ de subhastatione, &c.* Y si el fundador tuuiera noticia deste remedio, no proueyera, que se acudiera al Prior, y Monges, pues cumplia mejor con su intento, dexando la execucion de su disposicion a este remedio de tenuta, en que hallara mayor seguridad sin los inconuenientes que le ocurrieron, por no tenecer noticia del.

Num. 401. Respuesta 3. que no se puede entender, que quiso quitar el remedio, q̄ no sabia.

Lo quarto. porque aunque tuuiera noticia el fundador del remedio de la tenuta, y reconociendole huuiera puesto el precepto de acudir al Prior, y Monges, no por esto fuera visto prohibir a sus successores, que no acudieran al Consejo a intentar la tenuta, presumiendo, que esta como esta dicho, prouee mas abundantemente, y con mas ventaja. Quo supposito quando concurrit prouisio hominis cum prouisione legis

Nu. 401. Respuesta 4. què no se entiēde què quiso quitar remedio mas abundāte de lo que pretendia.

legis vberiori,& pleniori modo ſuccurrentis,hæc per illã non tollitur,l.vlt.§.fin.vbi Paul.nu.2.ff.de eo, per quem factum erit,Aret.in.§.item Seruiana,nu.4.inſti.de actio.Iaſ.in l.2.num.143.vbi DD. C. de iure emphit. Oſaſcus Pedemontan. deciſ.141.nu.11.Beccius cõſi.82.nu.20.verſi.*Secundo reſpondeo*,ad fin.Surd.conſi.342.nu.11.ad fin.& nu.12.vol.3.

Num. 403. Reſpuesta 5. què no ſe ha de entender que dio a los frayles juriſdiciõ priuatiua,ſino cumulatiua.

Lo quinto,porque no pudo ſer la intencion del fundador, dar al Prior,y Monges juriſdicion priuatiua, prohibiẽdo a las partes,que no acudieſſen al Conſejo,preſupueſto que el no ſe lo prohibio expreſſamẽte,como parece por la letra de las clauſulas,ni tacitamente,como lo hemos prouado. Y aſsi quando pudiera dar eſta juriſdicion al Prior, y Monges, ſe auia de entender cumulatiue.Nam iuriſdictio cumulatiuè,& non priuatiuè præſumitur conceſſa,cap.dudum 14.verſi.*Nos igitur*,de præbend.lib.6.l.1.vbi Bart.C.de offic.præfecti verbis, Doctores in cap.Paſtoralis 11.de offic.ordin. Deci.in cap.cæterum, nu.5.de iudicijs,Afflict.in cap.1.§.ad hæc,nu.6.de pace iuram. firman.Grammatic.deciſ.30.num.3.& 11.& voto 28. num.3. Menoch.lib. 2. præſumptione 18. num.2.Tapia in rubr.ff.de conſtitutio.princip.cap.4.nu.19.Miſing.centu.6.obſeruat.99. Surd.conſi.152.nu.17.vol.2.Cabedo deciſ. 13.part. 2.Gutierr. Practicar.lib.3.quæſt.24.nu.1.cum ſequentibus.

Iuriſdictio cumulatiuè,& non priuatiuè præſumitur conceſſa.

Num. 404. Iuriſdictio ſpecialis, etiam per dictionem taxatiuam cõceſſa,non derogat ordinariæ,& minus ſuperiori,vt priuatiuè data intelligatur.

Idque adeò verum eſt,vt etiam ſi iuriſdictio ſpecialis per dictionem taxatiuam ſit conceſſa, ordinariæ iuriſdictioni non derogetur,& ita non priuatiuè,ſed cumulatiue data cẽſeatur, gloſ.vltima in l.vltima.C.vbi cauſæ Fiſcales,glo.verb. Solus, in l.1.C.vbi,& apud quem cognit.in integr.reſtitutionis agitanda ſit,vbi Angel.nu.1.in verſi. *In textu ibi ſolus,* Iaſ.in l.quod in rerum 24.§.ſi quis poſt,nu.9.& in l.Titiæ textores,nu.29.ff. de legat.1.Ioannes Garcia de nobilitate glo.1.nu.1.verſi.*Facit Præterea.*Quod pręſertim locum obtinet in maiori magiſtratu,cuius iuriſdictio non excluditur adiecta etiam dictione taxatiua,vt poſt Bald.reſpondit Decius conſi.3.nu.3.vol.1.quem recenſent, & ſectantur Menoch. de arbitrar. lib. 1. quæſt. 40. nu. 8.Gutierrez Pract.quęſt.24.nu.7. Y aunque Menochio alega a Ripa de peſte, tit. de remedijs pręſeruatiuis contra peſtem,nu.61.y Gutierrez à Felino in cap. Paſtoralis, nu.2.verſi. *Limita tertio*,pretendiendo que tienen la opinion contraria, y los repruevan:pero eſtos autores hablan en la cõcluſion general reſpeto del juez ordinario, y no reſpeto del ſuperior,y

mayor

mayor magistrado. Y assi en esto no hallo autor, que contradiga a Baldo, y Decio, a quien siguẽ los dos modernos referidos.

Et præter eos animaduertẽdum est, que Decio alegò a Baldo consi. 385. volu. 4. Y es Franciscus Baldi inter consilia Baldi, consi. 253. *Visis omnibus*, nu. 2. versi. *Sed prædictis obstare videtur*, volu. 5. vbi dum difficultati obuiam ire conatur, subijcit hæc verba: *Respondeo, quòd illa ademptio intelligitur respectu parilitatis iudicùm, & officialium, non autẽ respectu maiorum magistràtuum.* Y habla en caso mas fuerte de estatuto, quod vltra progrediebatur, adimendo iurisdictionem alijs iudicibus, & officialibus.

Y aunque Francisco Baldi no se vale para esto mas que de su autoridad, in huius tamen rei comprobationem rectè adduci potest text. in l. vltima. C. vbi caus. Fiscal. iuncta gloss. final. ille enim text. ita inquit: *Hac lege sancimus, vt siue agat domorum nostrorum colonus, inquilinusuè, aut seruus, siue pulsetur ab aliquo super criminali seu ciuili negotio, non alterius, quàm tui culminis, aut viri spectabilis Comitis domorum petatur examen. nullius allegatione super fori præscriptione penitus admittenda.* Y aunque esta ley decide el caso con tanta precision, Accursius tamen in dict. glos. vltima dum exponit verbum illud: *Examen*, his verbis vtitur: *Nihilominus, & Præses prouintiæ cognoscere poterit, vt supra eodẽ l. cum aliquid.* Quo fundamento, prætermisso Francisco Baldi, & Decio, innititur eorum opinionem sectatus Decia. cõsi. 118. nu. 23. vol. 3. vbi respondit, quòd quando dictio taxatiua apponitur in concessione iurisdictionis alicui specialiter facta, illa intelligitur respectu aliorum iudicum parium, non autem excluditur maior potestas, & generalis. Y mucho mas procede esto en nuestro caso, pues el Consejo, demas de ser el supremo tribunal de Castilla, tiene la jurisdicion priuatiua de las tenutas.

Para dar salida a esto, dize el Conde de Salinas, que no fue jurisdicion la que el fundador dio a estos Religiosos, sino vn arbitramento, y execucion de su voluntad, constituyendolos por arbitradores, para dar la possession al sucessor en su mayorazgo. *Nu. 405. Los frayles no son arbitradores, ni executores, sino cõ jurisdicion.*

A esto repugnan las clausulas 56. y 57. en cuyo tenor no solo no se haze mencion de arbitradores, ni executores, mas antes consta auer sido el intento del fundador, dar jurisdicion a

los Religiosos en la clausula 56.ibi: *E les muestren esta escritura, è les fagan fee, informandoles, como es ella la persona, a quien entonces pertenece, è es deferida la dicha villa, ò villas, ò logares, ò bienes, ò alguna cosa de lo que dicho es, e que puedan auer la dicha informacion, sin llamar â ello persona alguna, ni la oyr para ello, ni sobre ello, puesto que alguno se quiera oponer a ello, para lo empachar.* En que demostro por palabras claras el juyzio de la ley fin. C. de edict. diui Adriani tollendo, ibi: *Sancimus, vt si quis ex asse, vel ex parte institutus competenti iudici testamentum ostenderit, non cancellatum, neque abolitum, neque ex quacũque suæ formæ parte vitiatum, sed quòd in prima figura sine omni vituperatione appareat, & depositionibus testium legitimi numeri vallatũ sit, mittatur quidem in possessionem earum rerũ, quæ testatoris mortis tempore fuerunt, non autẽ legitimo modo ab alio detinentur, & eam testificatione publicarum personarũ accipiat.*

Num. 406. Aunque ayan de proceder sin citacion.

Y lo que añadio el fundador, de que pudiessen los Religiosos dar la possession, sin citar parte, està implicito en la misma ley final: in quo casu non est opus citatione, cum hæres in possessionem mittatur adiecta illa vulgata clausula, sine præiudicio eorum, qui potiora iura ostenderint, Doctores in d. l. vltima vbi Alex. nu. 16. Zuchard. nu. 315. Menoch. de adipiscen. possess. remed. 4. num. 453. Porque hasta alli no es juyzio formado, y entonces lo es, quando apparet legitimus contradictor: hoc enim casu citatione opus est, & is legitimo tramite incedit, d. l. vlt. versi. *Sin autem aliquis contradictor*, C. de edicto Diui Adria. tollend. Y aunque este es articulo muy vulgar, en que han escrito tantos, porque haze la distincion aplicada à la practica, y modo de proceder en el punto de la citacion, licet adducere Vincent. Carotium bene distinguentem, & plurima congerentẽ decis. 64. per totam. Y el citar, ò no citar segun el caso ocurrente, quedò en facultad de los Religiosos, ibi: *E que puedan auer la dicha informacion sin llamar à llo, ni para ello persona alguna, ni la oyr, &c.* Verbũ enim potest relatum ad iudicem non inducit necessitatem, l. nõ quicquid, 40. ff. de iudi. ibi: *Nõ quicquid iudicis potestati permittitur, id subijcitur iuris necessitati*, vbi tradunt Bartol. & alij.

Num. 407. Porque mãda q̃ puedã dar la possession.

Idem etiam colligitur ex eadem clausula, ad fin. ibi: *Que lo pongan en la possession de cada vna de las dichas villas, con lo que dicho es, è de qualquiera dellas.* Lo qual no se puede

hazer

hazer sin jurisdicion, l. iubere, 4 ff. de iurisdict. omni. iudic. ibi: *Iubere cauere prætoria stipulatione, & in possessionem mittere, imperij magis est, quam iurisdictionis.* Y por esto el arbitro, ni el arbitrador eligido por las partes, quando bien pueda determinar las dudas, no puede executar su sentēcia, ni dar la possession, l. 4. tit. 21. lib. 4. Recopilation.

Y en la clausula 57. al fin, dize: *E que el dicho Prior, è frayles, è Monges, è Oydores, que ouieren la informacion, den sus cartas para las justicias, que le fagan dexar la possessiō, è possessiones de lo que ouieren tomado, è tuuieren, e las justicias sean tenudas a las cumplir.* Y estas requisitorias comete el fundador a los frayles contra todas las personas, de que antes auia hecho mencion, que huuiessen entrado en la possession con relacion no verdadera, ò la ocupassen, ò tomassen de otra manera, ò de hecho la embargassen, y contradixessen al verdadero sucessor, ò mandassen hazer qualquiera de las dichas cosas. Quæ literæ requisitoriæ nisi ab eo, qui iurisdictionem habet, decerni non valent, Couarru. practi. capit. 10. cum sequentibus. *Nu. 408. Y requisitorias.*

Y no importa dezir, que el testador puede nombrar arbitradores en su testamento, para que determinen las diferencias, que huuiere entre sus herederos, ò legatarios, y que estos han de passar por su arbitramento, Peregrin. de fideicommiss. arti. 11. num. 111. vsque ad 113. Ioan. Baptista Perusinus de arbitris, lib. 2. cap. 18. num. 1. tomo. 3. tracta. part. 1. fol. 236. Porque no negamos, que el testador puede mandar à sus herederos, y legatarios, que comprometan, que es el caso, en que hablo Peregrin. supra, sino que no se aplican estas dotrinas à nuestro caso, por no lo auer dispuesto assi el fundador, cuyo intento fue dar jurisdicion a los Religiosos, como esta dicho. Y si como se pretende en contrario, estos fuerā executores, nullam notionem, neque cognitionem haberent, ni pudieran dar, ni quitar possession, ni librar requisitorias sobre ello. Executor enim testamēto datus non vicem iudicis, seu arbitri, aut arbitratoris, sed partis obtinet: quia est procurator post mortem datus, l. si vero non rem unerandi, 12. §. vlti. l. si quis alicui 27. §. 1. ff. mandati, l. mortis. causa, 18. §. Titia, ff. de dona. caus. mort. in terminis Bal. in repet. l. 1. ff. de leg. 2. col. 6. versi. *Quæro vtrum iste commissarius,* ibi: *Dic, quòd propriè nō est arbiter, nec arbitrator, cum suum mandatum duret post mortem testatoris, vt l. si vero* *Num. 409. Aunque el testador puede nōbrar arbitradores, pero no darles jurisdicion.*

vero non remunerandi, §.*fin.supra mandati.Proprie ergo dicitur commissarius,seu executor,& habet valde distinctam materiam ab arbitro,& arbitratore,*Paulus num.6. Peralta num.87.in d.l.1.ff.de legat.2. Quod non inficiatur Ioan. Baptista Perusinus in cõtrarium adductus dict.lib.2. cap. 18. num. 1.vbi se refert ad ea,quæ dixit lib.1.cap.9.quo in loco bene distinguit,num.3.fol.227.

*Considera,quòd executorum vltimæ voluntatis, qui deputantur à testatoribus, duæ sunt species. Vna est eorum, qui habent legatarijs,& creditoribus satisfacere,& rem certo modò eis à testatore iniunctam expedire, & de his non loquitur hæc materia,nec quæstio Baldi: quia in nullo versatur eorum arbitrium sed de facto actum expediunt, nec habent eum arbitris, vel arbitratoribus aliquid commune, adeò quod dicuntur nudi ministri,& executores facti, vt l.alio,ff.de alim.& cib.leg.l.Lutius,§.Mæuia.ff. ad Trebellia. l.si quis Titio,ff.de legat.3.Alia species est eorum,qui deputantur ad arbitrandum,vel declarandum,vel eligendum id, quod in pendenti fuit à testatore dimissum:& hi sunt veri arbitri,si commissio sonat,vt procedant de iure,sunt etiam veri arbitratores,si iuris ordinem non tenentur seruare:non tamen sunt arbitri,vel arbitratores conuentionales, sed testamentarij,quorum diuersa est species.*Y aunque alli reprueua à Baldo,no es en la conclusion referida: porque antes tiene lo mismo,vt constat ex verbis supra relatis.

Numi.410. Respuesta 6.què auiendoles queriendo dar jurisdiciõ, no lo pudo hazer el fundador, ni vale su disposicion.

Lo sexto, porque resulta de lo que està dicho, que los religiosos no fueron nombrados por el fundador por arbitros, ni por arbitradores, ni por executores, sino que verdaderamente les quiso dar jurisdicion, quitandola a los juezes ordinarios: quod testator facere non potest. Quoniam iurisdictio est à lege introducta, & modus procedendi ab ea est traditus, & ideò neque partes, neque testatores possunt facere, ne leges necessitatem obseruationis tacitè, vel expressè inducentes habeant locum in iudicijs. Iurisdictiones siquidem iure publico sunt introductę,l. 1. vbi Doctores. ff. de iurisdi.omnium iudicum, proinde testatoris ordinatio circa iurisdictionalia nihil vltra valet, quam contrahentium pactio,l.quæ de legato.48. ff. de legat.1.quia priuatorum voluntas, nec dat,nec adimit iurisdictionem,l. priuatorum 3.C.de iurisd.ct.omni.iudic.Bart.in l.nemo potest 58.numer. 13.vbi

Docto-

Doctores, ff. de legat. 1. Bolognet. ibidem in repetit. num. 157. Peregrinus de fideicom. art. 11. num 111. fol. 100. Mantica de coniectur. vltim. voluntat. lib. 6. titul. 6. num. 18. pagin. 226. Y mucho menos pudo el fundador dar juridicion a religiosos: qui iudices esse nõ possunt, cap. Saluator, 1. quæst. 3. cap. de præsentium, iuncta glos. verbo, defensor, 16. quæst. 1. capit. 1. cum sequentib. cap. sed nec procurationes, 4. ne clerici, vel monachi, cap. 2. de postulando: Ex quo textu notat Hostiensis ibi numer. 2. quòd religiosus non potest fieri delegatus, vbi etiam Abb. nu. 3. ad fin. Ancharran. nu. 1. l. 4. tit. 4. part. 3. vbi Gregor. glos. 6. l. 4. tit. 17. part. 3.

Lo septimo, porque quando la señora doña Iuana puso demanda de tenuta en el Consejo, ya estaua en el introduzida la causa por otros pretensores: y lo que mas es, por el mismo Cõde de Salinas, el qual puso demanda en primero de Agosto de 606. memor. pag. 150. num. 307. y la señora doña Iuana en 19. de Otubre del mismo año, memor. pag. 238. nume. 525. Y assi no pudo, ni deuio acudir a otra parte a seguir su justicia. Y la oposicion que haze el Conde de Salinas, de que sus contrarios no acudieron à los frayles, cumpliendo con el precepto del fundador, in eum iure retorquetur: porq̃ si el dize, que los pretensores no deuieron acudir al Consejo, no puede el tener escusa de auer acudido, si esto pudiera obstar.

Num. 411. Respuesta 7. què ya estaua introduzida la causa de tenuta, y por el mismo Conde de Salinas.

Y que acudiesse al Consejo, y le reconociesse por juez desta causa, no tiene duda, presupuesta la dicha peticion, en que puso demanda de tenuta, expressa y formalmente, memor. dict. nu. 307. ibi: *El Duque de Francauila puso demanda de tenuta, respondiendo à la puesta por dõ Diego de Silua, hermano del Duque de Pastrana: y dixo, que el ha de ser absuelto dela dicha demanda, declarando auerse transferido en el la dicha possession, &c.* Y alegãdo de su justicia en lo principal, dize: *Y porq̃ en continuacion de la possession q̃ la ley transfirio, cõmo en cierto, è indubitable sucessor, por muerte de la Condessa doña Ana vltima posseedora, el aprehendio la possession actual por el camino que puede adquirirse, q̃es guardando la forma q̃ el fundador puso, sin la qual ninguno se puede constituir por posseedor. Por tanto pide ser absuelto dela dicha demanda, y q̃ se declare auersele transferido la possession ciuil, y natural del dicho Estado, por el ministerio dela ley de Toro; mandandole amparar en ella, y en la q̃ tomó y aprehendio, la*

Num. 412. El Conde de Salinas acudio al Consejo, y le reconocio por juez.

qual protestò continuar, y siendo necessario, le mande poner en la actual tenuta y possessiō del dicho estado, con todo lo q̃ le pertenece, y cō los frutos, y rentas q̃ ha rētado, y rentare desde la muerte de la Condesa doña Ana hasta la real entrega.

Y el mismo la llama en la dicha peticion, demanda de tenuta: porque en vn *Otro si* della, dize, *Otro si digo, q̃ Diego Garcia de Miñaca tiene poder del Duque de Pastrana, para responder à qualquier demanda sobre el estado de Cifuentes, q̃ es el mismo, en cuya virtud respondio a la del dicho don Diego. Suplico a V. A. mande, que esta demāda se le notifique, para que responda*, pieça A. fol. 22. en el processo.

Y en otra parte declara lo mismo, diziendo: *Otro si, para q̃ conste de la justicia de mi parte, assi en lo principal,* (que no puede ser sino la demanda de tenuta que pone) *como en la comodidad de la possession, hago presentacion de la escritura de mayorazgo, y de los autos de la possession aprehendida por mi parte*, pieça A. fol. 22. en el processo.

De manera, que en el cuerpo de la peticion, y en la conclusion, y en otros capitulos della, tuuo por causa principal la de tenuta, y contestò la demanda de don Diego, y puso demāda en forma, conforme à la ley de Toro, y pidio, q̃ esta demanda suya se le notificasse al procurador del Duque, con q̃ manifiestamente reconocio la juridicion del Consejo en esta causa, y que en ella auia lugar el remedio de la tenuta, por la ley 45. de Toro, sin embargo de la actual que pretendia auer tomado.

Y diziendo que pudo cumular los dos remedios, el de la tenuta, y el del amparo en la possessiō de los frayles, confiessa, q̃ se pudo acudir por los pretensores justamente al Consejo, intentando la tenuta: porque si como pretende, son remedios compatibles, y q̃ se pueden cumular, ex Deciano cons 42. nu. 7. vol. 3. & ex Cabedo decis. 15. nu. 20. p. 2. tambien se pudierō intentar à parte. Nam quando cōpetunt duo remedia, potest vnum tantùm intentari, & hoc prætermisso & neglecto ad alterum recurri, vt diximus nu. 395. y assi como se pueden cumular, se pueden intentar à parte, y de por si.

Y la protestacion no le puede releuar, porq̃ no la pone contra el remedio de tenuta q̃ intentò, sino solo para la continuacion de la possession que le auian dado los frayles, teniendo por compatibles ambos remedios, y juntandolos copulatiuamente, y con ygualdad: porque auiēdo su procurador pedido

por

En el amparo de possessiõ que pretende por el remedio de la tenuta, que se declarasse auer passado en el la possession, por ministerio de la ley de Toro, subjicit: *Mãdandole amparar en ella, y en la que tomò, y aprehendio, la qual protesta continuar.* De suerte, que siempre quiso proseguir la demanda de tenuta: y no pudo hazer otra cosa, porque la possession que pretende auer tomado por orden de los frayles, no fue de todos los bienes, sino de parte dellos, y en que se auia entrado el Duque de Pastrana. Y no trataron los frayles del transito de la possession por el ministerio de la ley, sino solo de la actual: y assi le fue necessario acudir al Consejo para dos efectos. El vno, para que se declarasse en quien auia transferido la ley la possession. Y el otro, para conseguir por este medio la actual de todos los bienes. Pues quien pretendio esto, como puede oponer a sus contrarios, que no guardã el precepto del fundador, y que le contrauienẽ, estando el en la misma causa? Y qualquier controuersia que se le hiziera, la auia de remouer por las requisitorias de la clausula 57. que auian de dar los frayles para el dicho efeto, auiendo de hazerse la interpretacion de las clausulas, como el pretende.

Mayormente, que antes que el Conde acudiera à los frayles, en veynte y quatro de Mayo de 606. quando el Duque de Pastrana trataua de tomar la possession de Cifuentes, y los Alcaldes de aquella villa de darsela, don Diego de Gueuara con poder que tuuo del Conde de Salinas, dado en veynte y seys de Enero del mismo año, para tomar la possession de todas las villas, y bienes del mayorazgo de Cifuentes, y para qualesquier autos, y requerimientos judiciales, y extrajudiciales en bastante forma, hizo vn requerimiento en nombre del Conde à los dichos Alcaldes, y Corregidor, y otros ministros de justicia, para que no se entremetiessen en dar la possession al Duque de Pastrana, diziendo, y requiriendo, que no se le diesse la possession, *Porque el conocimiento desta sucession pertenecia al Consejo de justicia;* memor. nume. 64. y 65. pag. 31. y 32. Y este requirimiento y autos, y poder suyo presentò el Conde en el processo: con que fue visto aprouarlo, y confessar, que todo se hazia con su consentimiento, y orden, aunque el poder no huuiera sido bastante, ò no le huuiera auido, Mascard. de probat. volumin. 2. conclus. 915. Menoch. de præsumptio. lib. 2. presumpt. 45. Honded. consi. 78. numer. 88. cum præcedentib. & sequent. vol. 2.

Otra

Nu. 413. Opone el Conde de Salinas â todos los litigantes, que contrauinieron a las clausulas 56. 57. y 58.

Otra òposicion haze el Conde de Salinas contra todos los opositores, poniendoles obstaculo, que han contrauenido à las clausulas 56 57. y 58. por no auer acudido à los frayles, ni auer cumplido con lo que alli se ordena, ni hecho la obligacion en conformidad de la clausula 58. y que las dichas clausulas son condicionales, y que por esto la ley 45. de Toro no passa la possessión, no auiendo cumplido con las condiciones dellas.

Num. 414. Declarase la clausula 56.

Para responder a esta opsicion, se ha de presuponer, que la clausula 56. trata del modo, y forma en que se ha de tomar la possessión actual, por autoridad de los frayles, y no passa adelante à poner pena, ni prohibir otro juyzio.

Y la 57. habla en el injusto possee. dor, o que contradize al verdadero sucessor.

Y la clausula 57. pone pena, no al verdadero sucessor q̃ prouocare à juyzio, ò impidiere jastamente al que no lo es: sino a qualquiera de las personas que por tiempo huuiessen de suceder, que no tocandole la sucession en el caso de la vacante, aũ que le pueda tocar adelãte, haze contradicion al verdadero, y legitimo sucessor, por los medios y modos q̃ pone la clausula. Y a este es a quien haze inhabil, è incapaz para auer y heredar en ningun tiempo el mayorazgo: y este es el literal y claro sentido de la clausula, que dize assi.

E si alguno mi descendiente, ò patron, varon, ò muger, à quien no sean deferidas las dichas villa, ò villas, è bienes, ò alguna cosa de lo que dicho es, ni le pertenezcan entonces, segun la orden, è forma, è manera, e regla, é condiciones, è modos, è prohibiciones, ê disposiciones, è clausulas suso declaradas, ganaren la dicha licencia, è autoridad, con relacion, ô informacion nõ verdadera, ò por ella tomaren, è ocuparen las dichas villa, ò villas, è logares, è bienes, ò alguna cosa de lo q̃ dicho es, ó cobrare la possessiõ dello, ò de parte dello, cõ relaciõ non verdadera, ó lo ocuparen por si todo, ò por todo, â tomarẽ de otra manera, ó de fecho embargare, ò contrariare á aquel a quien pertenece la dicha villa, o villas, è logares, con lo que dicho es, è los dichos bienes, ò alguna cosa, o parte de lo q̃ dicha es, que non cobre la possession de las dichas villas, o de alguna dellas, ni la possession della, o dellas, ò de lo susodicho, e de qualquier cosa que le perteneciere, porfiando sobre ello, q̃ el que alguna destas cosas fiziere, ò mandare fazer, q̃ sin las otras penas que ponen los derechos, q̃ por el mismo fecho sea inhabile, è non capaz para auer las dichas villa, ó villas, é loga-

logares, e bienes, con todo lo que dicho es, e qualquiera cosa, e parte dello, e jamas non lo pueda, nin puedan auer, nin heredar, nin aya, nin herede.

Està clausula tuuo consideracion à escusar pleytos injustos, en conformidad de lo que entra diziendo la clausula 56. *Pero por tirar, e escusar debates, pleytos, contiẽdas, &c.* por que la intẽcion del fundador fue escusar controuersias, molestias, y pleytos injustos, vt diximus nu. 396. 397. 398. Y assi pone la pena al injusto litigãte, y declara, que este es el que cõtrauiene a su voluntad, ibi: *A quien non sean deferidas las dichas villa, o villas,* presuponiendo por esto, que no tuuiesse derecho a la sucession. Y porque siendo descendiente, o alguno de los llamados, podia venir el caso de su substitucion en otra vacãte, dize: *Nin le pertenezcan entonces,* hoc est, quòd illo tempore nullum ei ius ad successionem cõpetat, eo quòd alius sit ante eum vocatus, & in substitutione præcedat: nam dictio, *Tunc,* extremitatem temporis significat, & restringit dispositionem ad casum expressum, ne ad alium trahatur, l. 4. §. 1. ff. de condit. & demonst. l. vxori vsumfructum villæ 35. ff. de vsufr. legat. l. tutoribus 33. ff. de testamen. tutel. l. lecta 40. ff. si certum petat. glossa verbo, tunc, in l. Gallus, 29. ff. de liber. & posthum. & propalatur animus testatoris in substituendo, ne extra illius tẽporis præfixas metas dispositio protrahatur, Ancharran. cons. 356. *ex serie,* nu. 1. Decius in l. cum quidam, nu. 2. C. de institut. & substitut. Boerius, decis. 38. nu. 33. Hondedeus, cons. 31. nu. 17. & 18. cons. 58. nu. 76. & 77. vol. 1. Surd. cons. 236 nu. 13. vol. 2. Fuluius Pacian. cons. 63. num. 60. cum sequentib.

Num. 415. *Dictio, tunc, extremitatem tempori significat, & restringit dispositionem ad casum expressum.*

Y siguiendo el mismo sentido, añade: *O de fecho embargare, o contrariare aquel, a quien pertenece la dicha villa, o villas, &c.* Lo qual era necessario para la injusticia del pleyto, nẽpe, que el que en aquella vacante no tenia derecho, ni le pertenecia entõces, contradixesse por los medios cõtenidos en la clausula, al que estuuiesse llamado en ella, y le perteneciesse: y por esto vsò de la palabra, *Pertenecer,* dos vezes: la vna respeto de la persona a quien no le estaua deferida la sucession, ibi: *Ni le pertenecian entonces,* aunque despues le pudiesse pertenecer en otra vacãte: la otra, respeto del verdadero sucessor, ibi: *A quien pertenece.* Verbum enim, *perteneciere,* principaliter, non secundariò accipi debet. l. nõ solum 39. §. quæritur, ff. de procurator. Redoanus de spolio, quæst. 14. nu. 60. tomo 14.

Num. 416. *La palabra, pertenecer, que significa.*

14.tractat.fol.228.& ideò pleno iure interpretatur.l.si ita scriptum,49.§.1.ff.de legat.2.& cum effectu.l.si quis ex argẽtarijs 6.§.ex hoc edicto,vers. *Pertinere*.ff.de edendo. Que se entiẽde de aquel,en quien la ley 45.de Toro ha passado la possessiõ con el efeto,que resulta de su ministerio,facit elegans text. in l.1.§.quod ait prætor voluntate.ff. quorum legatorum, cuius verba sunt: *Quod ait prætor voluntate eius, ad quem ea res pertinet,ita erit interpretandum,vt si post aditam hæreditatem,vel bonorum possessionem agnitam voluntas eius accõmodata est legatario,&c.* Et cùm hoc verbum,*pertinere*, latissimè pateat,tam possessorium, quàm petitoriũ respicit. l. verbum illud pertinere,181.ff.de verbor.signif. Bald.in l.1.nu.15. C.si à non cõpetenti iudice,Abb.in cap.1.nu.16.de sequestrat. possess.& fructuũ,Felin. in cap.inter dilectos, nu.4.de fide instrument.Ias.in l.naturaliter.§.nihil commune, nu.184. ff. de acquirend.possess.Pontanus,de spolio,lib.2. cap.5. n.33. tom. 14.tractat.fol.281.& in eodẽ tomo Redoanus de spolio,quęst. 14.nu.35.fol.257.

Num.417. *La pena de la clausula 57.muestra,que no cae,sino sobre el injusto posseedor.*

Y con esto cae bien la pena,que fuera de otras que pone el derecho,añade el fundador contra el que contrauiniere, no siendo sucessor,ibi: *Que por el mismo fecho sea inhabile, è nõ capaz,para auer las dichas villa,o villas,e logares,e bienes, con todo lo que dicho es,e qualquier cosa,e parte dello, e jamas non lo pueda,nin puedan auer,nin heredar,nin aya,nin herede.* Que fue lo mismo que si dixera,que en ninguna vacãte,el que contrauiniesse,pudiesse suceder, aunque pudiera no contrauiniendo,y viniera el caso de su llamamiento: y assi le priua perpetuamẽte por aquella palabra,*jamas*,id est,*in perpetuum.* Quæ dictio sine temporis præfinitione accipienda est.

Dictio,jamas,significat perpetuitatem.

l.cũ debere colũnam, l.32. ff.de seruitut.vrban.prædior. Bart. in l.annua,20.§.Titia,aliàs Attia,nu.4.ff.de annuis leg. Doctores in l.quod dicitur.ff de verbor.obligat.Decius,cons.472. n. 22.Paris.consil.92.numer.37.cum sequentib. volum. 2.Beroius,consil.63.numer.8.volumin.3. Molina, lib.1. capit. 5. numero 33.

Num.418. *La declaració de los frayles,no da, ni quita derecho.*

De aqui se infieren dos cosas. La vna, que la declaracion de los frayles,no puede dar,ni quitar derecho: porque expressamente dispone el fundador, assi en la clausula 56. como en la 57.que han de dar la possession actual al que le pertenecieire: luego su declaracion contra lo que dispone el fundador,

no puede tener consideracion, pues de otra suerte estaria en su mano dar la possession al que no tuuiesse derecho a la sucession? Y no solo no quiere esto el fundador, mas antes priua perpetuamente, al que no siendo sucessor en aquella vacante, pretende la possession por los medios contenidos en la clausula 57. Y quien le priua fundado en que no tiene justicia, tampoco quiere que sin ella preuiniendo la causa, y pidiendo antes que el legitimo sucessor entre en la possession. Quod apertè præcipit al principio de la clausula 56. ibi: *Que aquella persona a quien fueren deferidos, o deferido, e perteneciente, o pertenecieren segun mi disposicion, e ordenança, que vaya al dicho Prior, &c.*

La otra es, que aunque la possession actual estè cometida a los frayles: la que passa la ley, no està sujeta a su declaracion. Conforme a lo qual, todas las razones de que se vale el Conde de Salinas para fundarse, que aunque no sea el legitimo sucessor, le basta la possession, que le dieron los frayles, euanescunt: porque el fundador quiere, que se dè al verdadero sucessor. Y fundandose el Conde en esta sola possession, contra voluntatem testatoris nititur, y contrauiene al que es legitimo sucessor: quod prohibitum est in clausula 57. Y aunque no es en el juyzio de los frayles, en este de tenuta, (que no està excluydo, por lo que hemos fundado,) por lo menos es forçoso examinar el derecho de las partes: y si la ley passò en otro la possession, la actual dada por los frayles in nulla debet esse consideratione, mayormente interponiendo su juyzio sin citacion de parte, y tratando de dar la nuda possession tan solamente. Y assi todo este articulo parece, que se pudiera escusar, pues viene el punto de la justicia en el examen de los otros, q̃ consisten en las substituciones, y llamamientos desta disposicion. Esset enim valde absurdum dicere, que si el consejo hallasse, que es otro el sucessor, no le diesse la tenuta, dexando en la possession al injusto posseedor, y a quien no le pertenece.

Num. 425. La possessiō ciuil y natural, que passa la ley, no està sujeta al juyzio de los frayles, sino la actual.

Y presupuesto que la clausula 56. y 57. no contienen condicion, que mire al legitimo sucessor, solo resta responder a la clausula 58. por la qual pretende el Conde de Salinas, que el que no hiziere la obligacion, como en ella se ordena, no puede auer, ni heredar el mayorazgo: y que estas palabras, suspenden el derecho de suceder, hasta que el

Num. 426. Por la clausula 58. pretẽde el Conde, que la substitucion es cōdicional, y que sin cumplirse, no se passa la possession.

el grauamen estè cumplido: y por el consiguiente el transito de la possessiō por el ministerio de la ley 45. de Toro, por ser substitucion condicional, que no da derecho, sino despues de cumplida la condicion, Palacios Rub. in l. 45. Tauri, nūm. 29. Mieres, de maioratu 3. part. quæst. 12. nu. 4. Guido Papæ, decis. 251. nu. 1. Francis. Milanens. decis. 1. nu. 19. cū sequentib. part. 1. Achiles Personalis, de adipisc. possess. nu. 176. tom. 3. tractat. part. 2. fol. 254.

Num. 421. Respondese, què habla ē la actual

Respondese, que el fundador no hizo la sucession cōdicional, sino pura en los llamados por las clausulas de su mayorazgo, y solo en el tomar la actual possession, dio modo y forma para escusar debates, y pleytos, que fuesse con licencia y parecer de los frayles, ordenando, què la diessen al llamado por el, y no a otro.

Y lo què dispone esta clausula 58. es, que el sucessor antes de tomar la possession actual, haga obligacion de dexar el mayorazgo al tiempo que por el huuiere de vacar libre y desembaraçado, y como le recibio, y que antes de hazerlo, no pueda auer, ni heredar las dichas villas, con lo que assi le fuere deferido. Demanera, que solo quiere que antes de tomar la possession actual, se haga aquella obligacion de restituyr el mayorazgo: pero no le quita la sucession, ni possession legal, mientras no tomare la actual: sino que no pueda auer esta, sin hazer aquella obligacion, pues antes presupone lo contrario, y que es sucessor en las primeras y vltimas palabras de la clausula, ibi: *Que aquel a quien pertenecieren, e fueren deferidas las villas, que antes que ocupe, aya, e cobre, e tome la possession de lo que assi le fuere deferido, haga obligaciō ante los frayles, &c.* Et ibi: *E en antes que esto faga, e cumpla, que non pueda auer, nin heredar, nin aya, nin herede las dichas villa, e villas, e bienes, con lo que assi le fuere deferido.* De que se coligen dos cosas. La vna, que la obligacion se ha de hazer antes de tomar la possession actual por orden de los frayles, y respecto de la que ellos mandaren dar. La otra, que presupone, que es sucessor legitimo el que ha de hazer esto, y que manda, que de aquello en que sucede, no puede tomar possession actual, sin que preceda la dicha obligacion.

Num. 422. En la clausula 59 presupone el fun-

Y aun en la clausula 59. supone el fundador la translaciō de la possession de vn sucessor en otro: porque auiendo mandado, que despues de auerla vno tomado, como tenia ordenado den-

dentro de treynta dias se constituya por posseedor, en nõbre del que huuiere de auer el mayorazgo, y que no lo haziendo, ò empeñando los bienes, dize: *Que por esse mismo fecho passe, e venga la villa, ò villas, con lo que dicho es, à otra persona de las que despues del le oùieren de auer, como si la tal persona, que non lo compliesse, muriesse de su muerte natural.* Las quales palabras, *passe, e venga*, significan la translacion de la possession legal: que esta bien quiere el fundador, que se continue en el llamado por la vacãte del posseedor: pero què en la actual se guarde lo que dispone esta clausula. *dador translaciõ de possession.*

Y no pudiera prohibir el trãsito de la l. 45. Quia testator nõ potest prohibere, ne statutum continuãs possessionem in suo testamento locum habeat, Guielmus Benedict. in cap. Reinũtius, de testament. verb. mortuo itaquè testatore in 2. num. 72. vers. *& taliter*, Casaneus in consuetudin. Burg. rubr. 7. *le mort saisit*, §. 1. in princ. vers. *& de hac consuetudine*, num. 5. ad fin: col. 892. Francisc. Milanens. decis 3. num. 59. en que no ay para que insistir, porq̃ el fundador no lo prohibio. Y en esta parte las alegaciones del Conde de Salinas, no solo no le fauorecen, antes contradizen à su intento. *Num. 423. El fundador nò pudiera prohibir el remedio de la l. 45.*

Palacios Rub. in l. 45. Taur. num. 29. no decide cosa alguna en este articulo, & quæstio, quam ibi proponit, sic se habet: *Sed est pulcha dubitatio, quòd si testator, vel maioratus constituens, prohibet successorem introire possessionem rerũ maioratus, nisi prius tradiderit certam summam pecuniæ filiabus vltimi possessoris, an obstante prohibitione non transibit possessio in sequentem, adeò quòd si propria authoritate intraret, perderet ius suum. Vidi aliàs in practicà, & lis est sub iudice.* De manera, què nò determina la question, en la qual solo se trata de la possession actual. Y assi la prohibicion desta no puede impedir el trãsito de la legal, ex his quæ supra diximus, num. 421. *Num. 424. Respondese a los autores, que alega el conde. A Palacios Rubios.*

Item Mieres de maiorat. 3. part quæst. 12. num. 4. tom. 10. tract. par. 1. fol. 447. el qual alega à Gregor. glos. 2. quæst. 2. in l. 7. titul. 4. part. 5. Y lo que ambos dizen, es, quòd si ex tenore instrumenti maioratus non potest nouus successor possessionẽ adipisci non præstito ab eo iuramẽto de non alienando: præsumendum est in dubio, quod testator voluit prohibere, quòd non ingrediatur successor in realem, seu actualem bonorum possessionem, neque eis vtatur, nisi prius de non alienando iu- *Num. 425. A Mieres.*

ramentum præstiterit, non autem censetur prohibere, quòd non gaudeat beneficio l. 45. Tauri. Que es determinacion en nuestro fauor, pues sin embargo de que el testador diga, que el sucessor no entre en la possession, nisi præstito iuramento, sin hazer el juramento, puede el sucessor intentar la tenuta, y por esto no se perjudica.

Num. 426. A Guid. Papæ. Itē, Guid. Pap. decis. 151. agit de pręcepto portandi nomen, & arma: y aunque el caso es diuerso, y en el dize, que como cō dicion se ha de cumplir ante todas cosas: pero en los mayorazgos d eEspaña es modo: & ideò ante implementum sucessor potest dominium, & possessionem bonorum sibi quęrere, & posteà ad obseruationem astringi valet, Molin. libr. 2. cap. 14. num. 11. & 12.

Num. 427. A Milanense. Itē, Milanens. decis. 1. n. 19. cū seq. lib. 1. tābien trata de caso muy diferēte: porq̄ alli la institució de heredero se auia hecho debaxo de vna cōdicion, que necessariamēte se auia de cūplir primero, para q̄ huuiesse sugeto, sobre q̄ cayesse la institució: porq̄ los bienes erā đ vna Baronia, q̄ siēdo vinculada, no podia el heredero entrar en ellos, y se auia de declarar primero, q̄ no era de vinculo por voluntad del testador, vt patet, ibi: *Quoad istā Baroniā fuit instituta hæres cōditionaliter in casu, quód fuerit declaratū nō fore, nec esse vinculatā, &c.* Y por ser esta cōdicion, q̄ se auia de cūplir antes, resoluio, q̄ no se auia de dar la possessió, hasta q̄ se huuiesse cūplido, ex Menoc. de adipisc. posses. remed. 4. nu. 305. cū seq. vbi probat, hęredi sub cōditione instituto non cōpetere remediū, l. fin. C. de ędict. Diu. Adrī. Tollen. que es lo mismo q̄ dize Achil. Personal. in cōtrariū adductus, de adipisc. posses. nu. 176. tom. 3. tract. part. 2. fol. 254. Porque es necessario que primero se cumpla la condició, que se pueda pedir la possession.

Num. 428. La obligacion de la clausula 58. no es condicion, sino modo. Y q̄ no sea cōdició la de la obligació, q̄ pone la clausula 58. para impedir el transito de la possessió, sino modo, q̄ despues de auer passado, se ha de cūplir, ex eo cōstat, q̄ este grauamē no se puso en la substitució, diziēdo, si hiziere esta obligació, le sustituyò: sino q̄ las sustituciones fuerō puras, y todos los grauamenes, q̄ despues se ponē en la clausula à parte, aunq̄ de por si pudierā induzir cōdicion, importan modo, por ser accessorias à la disposició principal, y q̄ se ponē para modificarla. Porq̄ las

Num. 429. Las condiciones, y leyes de los mayorazgos son modos. leyes, y cōdiciones, con q̄ los mayorazgos se fundā, aunq̄ el testador vse de palabras condicionales, no se juzgan puestas por via

via de condicion, sino de modo, cuyo efecto es, no impedir, ni suspẽder la disposiciõ, sino obligar despues de su perfeccion à cũplir lo q̃ se mandò: Molin. libr. 2. c. 12. à nu. 2. vsq; ad 11. vbi nu. 13. & 14. dicit, q̃esto procede cõ mucha mas razõ en los grauamenes, q̃ se ponẽ à los q̃ ya estã llamados, his verbis: *Si verò de grauaminibus, & oneribus eisdẽ substitutis, seu vocatis iniunctis agamus, dicendũ erit prope semper ea onera, & grauamina ad modũ, non autẽ ad conditionem referenda esse, cum ea vocationem, seu substitutionẽ non suspẽdant, sed pòtius in futurũ post ipsam vocationẽ perfectã, & dominiũ, ac possessionem in vocatos translatam adimplenda sint.*

Quod probat textus in l. ex his verbis, 5. C. quãdo dies legat. vel fideicom. cedat. ibi: *Ex his verbis do lego Æliæ Seuerinæ filiæ meæ, & secũdæ decẽ, quæ legati nomine accipere debebit, cũ ad legitimũ statum peruenerit. Nõ conditiò fideicõmisso, vel legato inserta, sed petitio in tẽpus legitimæ ætatis dilatà videtur.* Ex quo tex. obseruãt ibi Doctores, quòd cõditio non perfectioni, sed executioni adiecta modũ continet, Sarmien. lib. 2. selectar. c. 3. nu. 4. vers. *supradicta etiã*, Rota Rom. decis. 39. nu. 1. lib. 1. in nouissim. probat etiã tex. in l. libertas, 17. ff. de manumis. testam. ibi: *Hac scriptura testamẽti Pamphilus liber esto, ita vt filijs meis rationes reddat, an sub conditione data libertas videatur, quæsitũ est? Respõdi purè quidem datã libertatem. Et illam adiectionem, ita vt rationes reddat, conditionem libertati non inijcere.*

Num. 430. *Conditio non perfectioni, sed exequtioni adiecta modum continet.*

Et hac ratione quando præcedit pura institutiò, seu substitutio, nihil ei officit modus postea additus, nec etiam cõditiò, quia semel hæres nunquã desinit esse hæres, l. etsi sine, 8. §. sed quod Papinianus, ff. de minoribus, l. ei, qui soluendo 88. ff. de hæred. instit. & prima institutio pura attẽditur, l. si te solum, 27. vers. sed si te, ff. de hæred. instit. ibi: *Sed si te hæredẽ instituero, & deinde sub conditione te eundẽ hæredẽ instituam, nihil valere sequentẽ institutionẽ, quæ prius satis plena fuisset.* Mantic. de coniectur. vltimar. volunt. lib. 11. titu. 18. nu. 44. Crauet. consil. 1. nu. 6. lib. 1. Riminal. Iun. cons. 244. num. 22. cum seq. libr. 3. vbi Rota Bononiensis, Menoch. cons. 105. num 2. cum sequent. lib. 1. Decian. cons. 93. num. 128. lib. 2.

Num. 431. *Conditio adiecta post dispositionẽ puram nihil officit.*

Y esta clausula 58. no tiene mas efecto q̃ las otras clausulas, q̃ ponẽ grauamẽ à los sucessores, q̃ todas ellas se pusierõ despues de formado perfetamẽte el mayorazgo, auiẽdo precedido los lla-

Num. 432. *Et in modum resoluitur.*

llamamientos de las perſonas, que el teſtador quiſo que ſuccedieſſen. Por lo qual, todas las clauſulas, q̃ deſpues ſe ſiguieron, no ſiruieron de mas que calificar la diſpoſicion principal, induziendo modo, y no cõdicion. Omnia enim, quę poſt diſpoſitionem perfectam adijciuntur, non conditionem, ſed modum continent, l. ex his verbis, 5. C. quando dies legat. vel fidei comm. cedat. cum alijs ſupra adductis, gloſ. verb. retinere, in cap. non poteſt, 21. §. illud, de præbendis, libr. 6. vbi Geminian. num. 12. Menoch. conſ. 131. nu. 2. & 3. vol. 2. Cephal. conſ. 133. num. 30. cum ſeq. volu. 1. Beroi. conſ. 66. num. 4. verſ. *ſecundò*, & num. 5. vol. 2. ibi.

Secundò dici poßet, aliud eſſe, quod legatum ſeu inſtitutio fiat purè, ſeu ſimpliciter: deinde in alia oratione, & in alia parte teſtamenti ſubiungat hac lege & conditione, quod hæredes, ſeu legatarij alienare non poſsint, & tunc illa verba non dicentur facere conditionem, nec dicentur adiecta per modum conditionis, ſed in vim modi. Quando enim aliquid adiungitur ad diſpoſitionem perfectam per verba etiam futuri temporis, tunc non dicitur apponi conditio, ſed modus, Bartol. in l. quibus diebus, §. Termilius in 1. col. ff. de condit. & demonſtrat. & quamuis expreßa ſint illa verba hac lege, & conditione, &c. tamen non inferunt neceßariò, quòd dicatur appoſita conditio, vt quando dicitur hac lege, ſeu hac conditione, quod fiat, vel nõ fiat certum quid, vel vt fiat, vel non fiat, &c. Vt eſt textus clarus in l. quoniam, C. de rer. permut. & ibi Bald. l. cum eorum, C. de ſentent. Bar. in d. §. Termilius, in 2. col. verſ. Quid ſi teſtator dicat, &c.

Num. 433. En eſte mayorazgo no ſe puſo condicion al tranſito de la poſſeßion.

Y que en el tranſito de la poſſeſsion legal, no aya pueſto condicion el fundador, ſe prueua por la miſma clauſula 58. la qual preſupone eſtar deferida la ſuceſsion, por auer muerto el vltimo poſſeedor, y la l. 45. de Toro para transferir la poſſeſsion, no requiere otra coſa, como lo dize letra, y todos los autores del Reyno. Y à eſſo miran aquellas palabras de la dicha clauſula: *A quien pertenecieren, è fuerẽ deferidas las dichas villa, ò villas*, refiriendo las palabras, *pertenecieren, y deferidas*, al dominio, y tranſito de la poſſeſsion legal. Y luego pone condicion para entrar en la actual, ibi: *Que antes que ocupe, ê aya, è cobre, è tome la poſſeßion de lo que aſsi el fuere deferido, &c.* Y à eſtas palabras ſe reduzen, y refieren las otras, que eſtan al fin de la dicha clauſula. ibi: *E en antes que eſ-*

to faga, è cumpla, que non pueda auer, nin heredar, nin aya nin herede las dichas villa, ó villas, &c. porque aquellas palabras, *auer, nin heredar*, cum effectu intelligenda sunt, que es entrar en la possession actual, y gozo de los frutos, l. 1. §. hec verba, ff. quod quisque iuris, cap. relatum, 4. vbi glos. verb. cum effectu, de cleric. non residentib.

Y no obsta la decision de Gama 158. aliàs 157. nu. 1. & 2. de que deduze là parte contraria, que por las palabras, *No ayan la herencia*, se induze condicion suspensiua: porque esto dize Gama en caso muy diferente, que fue en vna institucion de heredero, con condicion, que sino pagasse de su hazienda las deudas del testador, el, ni sus herederos no pudiessen auer la herencia, ni la administracion della: vt præsupponit ante numerum primum. De suerte que no habla en mayorazgo, ni en estatuto que passa la possession. Nuestro caso es diuerso, en que no està impedido el transito de la possession legal, y solo lo està el tomar la actual. *Num. 432. Respondese a decision 158. de Gama.*

Y la palabra, *auer*, ad actualem possessionem refertur, l. stipulatio ista 38. §. hæc quoque, vers. *habere*, ff. de verb. obligat. ibi: *Habere, dupliciter accipitur: nam & eum habere dicimus, qui rei dominus est, & eum qui dominus quidem non est, sed tenet. Denique habere nos rem apud nos depositam solemus dicere.* Ex quo textu constat, quòd ille dicitur habere, qui tantũ rem detinet, nec dominium, nec possessionem habet, sed solã detentationem: Doctores in dict. §. hæc quoque, vbi Imol. nu. 14 Ias. in princip. Paul. de Castr. in dict. l. stipulatio ista, §. hi qui sunt, num. 2. & ideò dicitur, quis habere rem, quam depositam retinet, dict. §. hæc quoque in fin. prout etiam, verbum illud, *Habere*, importat possessionem, licèt nullum dominium possessor habeat, glos. verb. sed detinet, in dict. §. hæc quoque, vbi Doctores, Purpuratus cons. 599. num. 8. lib. 2. Hippoly. Rimin. cons. 9. num. 10. lib. 1. Afflictis de iure prothomyseos, §. 8. numer. 5. & dixit Bart. in dict. §. hæc quoque, num. 1. verbum, *habere*, esse commune, tam ad possidere, quàm ad detinere. Y assi lo que quiere dezir la palabra, *auer*, es, que aunque se passa el dominio, y la possession legal en el sucessor, pero que no ha de entrar en la actual, hasta que haga la obligacion, cumpliendo con el precepto del fundador: porque en esta clausula necessariamente la palabra, *auer*, se ha de referir à la possession actual: y siendo como es propio significado suyo importar *Num. 433. la palabra, auer significa actual possession.*

KKK deten-

detentacion, insistencia, y acto de posseer, sin impropiar las palabras, se vienen à reduzir las vltimas de la clausula à las otras que se ponderaron antes, que en su propiedad significan la possession actual, como està dicho.

Num. 436. La clausula 58. pone la condicion al entrar en la possession actual.

Ex quo duo deducuntur. Primum est, que la clausula 58. no vino à acondicionar los llamamientos puros que sin ninguna condicion auia hecho antes el fundador, sino solo à modificarlos, sin impedir el dominio, y transito de la possession. Secundum est, que la condiciõ desta clausula està en el ingresso de la possession actual, pidiendose ante los frayles. Y destos dos cabos nacen dos efectos cõformes à la voluntad del fundador. El primero, q̃ respeto de la possessiõ actual es disposicion condicional. El segundo, q̃ respeto de la substitucion, dominio, y possession, que se passa por ministerio de la ley en cada vacante, es modal, porque es grauamen, como lo son los otros de las demas clausulas deste mayorazgo, accessorias à la disposicion principal, Molin. lib. 2. cap. 12. nume. 13. & 14. cum alijs supra relatis.

Num. 437. In dubio dispositio modalis, & non conditionalis interpretatur.

Y aunque pudierà auer duda, que no la ay, si esta clausula importa modo, ò condicion, respeto de las substituciones que antes se auian hecho puramente. En esta duda, para no ofender lo que el fundador hizo con tan particular deliberacion, necessariamente se auia de dezir, q̃ fue modo, y no condicion. Nam in dubio dispositio debet interpretari modalis, & non conditionalis. Doctores in l. cum mota, vbi Decius nu. 6. C. de transact. Mandel. Alben. cons. 4. nu. 34. volu. 1. Rota Romana decis. 39. nu. 5. lib. 1. in nouissim. Menoch. de præsumpt. lib. 4. præsumpt. 175. nu. 5. Et ideò verba illa sub hac lege, & conditione admodũ, & non ad conditionẽ referuntur, l. Mæuia 44. ff. de manumis. testam. l. 2. §. fi. ff. de donation. Bart. in l. quibus diebus, §. Termilius, nu. 5. ff. de condit. & demonst. Aret. cons. 149. nu. 1. Alex. cons. 102. nu. 2. & 3. lib. 1. Crauet. cons. 59. num. 1. lib. 1. Thobias Nonius cons. 38. num. 2. Molin. lib. 2. cap. 12. num. 3. & 4. Surdus decis. 38. num. 7.

Num. 438. El modo no impide la translacion de possession por la ley.

Siendo pues este modo respeto de las sustituciones, por el no se puede impedir la translacion del dominio, ni de la possession legal, la qual no puede estar in pendenti, y luego obra la ley su efeto en el siguiente engrado, con grauamen de que para entrar en la actual, aya de hazer la obligacion conforme à lo que dispone la clausula 58.

Et

Et ratio est, quia modus ante adeptum emolumentum suã vim non producit: Quod ante alios eleganter docet Bald. in l. Arethusa, ff. de statu homin. in prima lect. numer. 6. versic. *Item nota, quòd conditio inducit effectum, dum est in actu, sed non dum est in pôtentia: sed modus inducit effectum suũ quolibet tempore. Modus enim est adiacens determinatio, principalis dispositi originẽ non impediens, sed executionis, dirigens, & coarctans effectum: est enim modus velut fræni quædam temperies, de condit. & demonstr. l. quibus diebus, §. Termilius.* Modus enim non operatur à parte ante, sed à parte post, & sic dicitur quoddam onus, quod venit implendum post emolumentum iam quæsitum, l. si tibi legatum 19. ff. de legat. 3. l. cum in testamento 48. ff. de fideicõmis. liberat. cum alijs iuribus supra adductis, declarat Bald. in l. cum eorũ, num. 6. C. de senten. & interloqut. omn. iudic. ibi: *Quæro quomodo discernam modum à conditione? Respondeo, quia modus apponitur in consequentiam alterius dispositi: sed conditio apponitur in antecedentiã alterius disponẽdi, vt ff. de condit. & demonstr. l. cum tale, §. 1. vnde cõditio ex ordine semper debet præuenire: modus sequi. Item conditio deducit obligationem ad esse, sed modus non: quia inuenit iam inductam, vnde conditio est ex parte ante, modus est à parte post.* Idem Bald. in authen. cui relictum, num. 22. C. de indict. viduit. toll. & in capit. dudum in 2. 54 in ordine, nu. 27. de elect. vbi ait, quòd modus impletur ex postfacto per viam compulsionis, conditio autẽ suspendit ab initio, & sic obstat per viã exclusionis, Fortunius Garcia in l. iuris gentium, nu. 38. de pact. Lancel. Gallia in Rubri. num. 182. ff. de verb. obligat. Tiraquel. de retract. lib. 1. §. 1. gloss. 2. num. 32. vbi obseruat, quòd dispositio modalis censetur à principio pura & perfecta, & sic statim producit actionis exercitium absque vlla intermissione, vel mora, Sarmiẽto lib. 2. selectar. cap. 3. nu. 1. & 4. Molin. lib. 2. cap. 12. numer. 4. Cephal, cons. 395. num. 18. cum sequentib. lib. 3. Menoch. consil. 131. num. 10. & 11. cons. 134. nu. 31. cum sequentib. lib. 2. cons. 194. nume. 31. cum sequentib. lib. 5. & de præsumpt. lib. 4. præsumpt. 175. num. 9. cum sequentib. Decian. cons. 8. num. 76. volum. 1. Surdus cons. 268. num. 48. & 49. volum. 2. cons. 439. numer. 24. cons. 452. num. 40. & 41. volum. 3. Hondedeus consil. 58. num. 71. cum sequentib. cons. 63. num. 102. lib. 1. Peregrin. de fideicommis. art. 33. num. 64.

Num. 439. Modus operatur à parte post, & conditio a parte ante.

Exclu-

Exclusion de don Alonso de Silua, y sus hermanas, doña Mariana, y doña Catalina de Silua.

Nũ. 440. Exclusion de dõ Alonso de Silua, por la clausula 54.

LA Exclusion de dõ Alonso de Silua es euidẽte por la clausula 54. de la fundaciõ deste mayorazgo, plana 139. del memor. lin. 6. q̃ dispone, que el q̃ despues de auer sucedido en este mayorazgo, se ordenare de orden sacro, sea auido por muerto naturalmente, y que por el mismo hecho passe el mayorazgo al siguiente en grado, en que està comprehendido el dicho don Alonso: porque despues de auer muerto el vltimo Conde de Cifuentes, don Iuan de los Reyes: y auiendo passado en el, la possession por ministerio de la ley, se ordenò de Epistola en 26. de Março de 605. y por este hecho sucedio la vacante del mayorazgo, y entõces era viuo dõ Luys Pacheco de Silua, q̃ murio à 28. de Iulio del mismo año de 605. en quiẽ pretendemos que passò la possession por la l. 45. de Toro.

Num. 441. Y de doña Mariana, y doña Catalina sus hermanas.

Aqui entra la disputa con doña Mariana de Silua, y doña Catalina de Silua, hermanas del dicho don Alonso, cuya pretension nace de vn mismo derecho. Y la causa de auer salido ambas à este pleyto, fue porque à doña Mariana se le opuso, que era mayor de treynta años al tiempo de la vacante, y que asi no tenia priuilegio por no estar casada, para suceder por las clausulas 26. y 27. plana 123. linea 5. y por esso salio, y se opuso a este pleyto doña Catalina su hermana. Y para el intento que lleuamos, no es necessario mas que excluyr el derecho, en que ambas se fundan, que lo haremos en la persona de doña Mariana. Prouando lo primero, que doña Mariana no muestra su inclusion por la clausula sexta. Lo segundo, que no funda su intencion, por ser mas cercana al vltimo posseedor. Lo tercero que como doña Iuana de Silua, madre de don Luys Pacheco, padre de la señora doña Iuana, si fuera viua al tiempo de la vacante, se prefiriera à doña Mariana: por el consiguiente se le ha de preferir don Luys, muerta su madre.

Que

Que doña Mariana no muestra su inclusion por la clausula 6.

FVnda su llamamiento doña Mariana en la clausula 6. q̃ dispone, que muriendo el varon por cuyo fallezimiento se atajare la linea de los varones, suceda su hija. Y que assi luego como se ordenò de orden sacro don Alonso de Silua su hermano, sucedio ella. Y que aunque la clausula dize, que suceda la hija, lo mismo se ha de entender en la hermana, cap. significauit, 36. de rescript. cap. 1. de successs. frat. l. 2. tit. 15. part. 2. l. 5. tit. 13. part. 6. Molina, lib. 2. cap. 4. nu. 42. *Num. 442. Doña Mariana se fuda en la clausula 6.*

Pero no se puede fundar doña Mariana en la clausula 6. siendo como ella es hija de don Luys de Silua varon agnato, y ella hembra agnata, cuyo llamamiento està en la clausula 5. vt sæpius repetitum est. Y no puede estar en la 6. porque trata del vltimo varon cognato, por cuyo fallezimiento se ataja la linea de los varones cognatos. Y que esto sea assi, prueuase por las clausulas 3 4. y 5. dōde estan llamadas las hembras agnatas, y sus descendientes varones, y particularmente en la 5. ibi: *E si non ouiere varones*, (que son los hijos de las agnatas, que antes tenia llamadas) *que lo aya e herede la su fija mayor, o fija de su fijo, assi sucessiuamente vno empos de otro*. En que llama todas las demas agnatas, que antes no tenia llamadas, como se fundò en la exposicion desta clausula, nu. 73. y 75. Y luego haze vna regla general para todos los varones inmediatos, descendientes destas agnatas, ibi: *En tal manera, que auiendo descendiente legitimo natural varon, nacido de legitimo matrimonio, que aya e herede el dicho mayorazgo con todo lo susodicho todauia el mayor, e despues el siguiente, fasta q̃ se ataje la linea descendiente de los fijos varones*: que son los cognatos inmediatos descendientes de aquellas agnatas. Y destos es de quien trata la clausula 6. que està continuada, y depēdiente de la 5. ibi: *E desque fallesciere fijo descendiente, &c.* Et ibi: *E a fallezimiento de los dichos varones*. Et ibi: *Por cuyo fallezimiento se atajare la linea de los dichos varones*. Y hablando esta clausula de los cognatos, y de la hija del vltimo que huuiere sucedido, por quien se interrumpiere la linea dellos, no puede doña Mariana dezir, que tiene aqui su llamamiento. *Num. 443. No puede entrar por ella, sino por la 5.*

Num. 444. *La clausula 6. habla de la hija del vltimo posseedor, y no se puede aplicar a la hermana*

Y como quiera que se considere, doña Mariana es hermana, y no hija de don Alonso de Silua. Y la dicha clausula 6. en su propiedad no puede comprehender a la hermana, pues trata de la hija, por quien se interrumpe la linea derecha: como si dixera el fundador, que por no dexar hijo varon el vltimo, se ataja e interrumpe la linea derecha de los varones: y que en este caso suceda la hija, que aunque no es varon, està en esta linea derecha. Vnde absurdum esset, quòd soror, quæ non est in linea recta, seu effectiua fratris, sed in linea contentiua, & transuersali. l. 1. versicul. *Quinto gradu*. l. Iureconsultus, 10. §. sunt & ex lateribus, ff. de gradibus affinit. succedat contra mẽtem testatoris, & oppugnando clara verba huius institutionis, quæ sic se habent.

E desque fallesciere fijo descendiẽte legitimo, natural nacido de legitimo matrimonio, que aya, e herede la dicha villa, e logares, e bienes, con todo lo susodicho, a fallezimiento de los dichos varones la fija legitima natural mayor nacida de legitimo matrimonio del dicho varon, que ouiere heredado la dicha villa, e logares, e bienes, con todo lo susodicho, por cuyo fallezimiento se atajare la linea delos dichos varones.

Num. 445. *Porque no concurren en ella las tres calidades, que requiere en la hija.*

Desta clausula resultan tres calidades que ha de tener la hẽbra, por quien se atajare la linea de los varones. La primera, que ha de ser hija legitima mayor del varon vltimo posseedor. La segunda, ser nacida del. La tercera, que el tal varon aya heredado el mayorazgo. Y aunque esta vltima se verificara en don Alonso de Silua, las dos no se pueden verificar en doña Mariana: porque no es su hija legitima mayor, ni es nacida del. Y faltando estas calidades, no es ella la hembra, de quiẽ habla esta clausula: quia non concurrunt prædictæ qualitates ex his, quæ dicta sunt in expositione clausulæ sextæ, num. 97. cum sequentib. & appellatione filiæ nõ venit soror: vt probat text. optimus in l. 3. versic. *Liberis*. ff. de legat. præstan. præsuppositis verbis edicti contentis in l. 1. illius tituli. *Vt qui iudiciũ patris rescindunt per contra tabulas bonorum possessionem, ex iudicio eius quibusdam personis legata, & fideicommissa præstarent, hoc est, liberis, & parentibus, vxoribus, nuribusq; dotis nomine legatum*. Que presuponen no se auer hecho mẽcion de los hermanos. Y por esta causa subdit Vlpianus in d. l. 3. versic. *Liberis autem tantum, & parentibus prætor prospexit, non etiam fratri, & sorori conseruauit legatum*. Probat

Appellatione filij non venit soror.

text.

text.in cap.1 §.& quia vidimus: maxime in versic. *Cum vero Cōradus*, de his qui feud. dare poss. & in pulchro casu Andreas de Isernia in cap.1.§.quin etiam, nu.2. Episcop. vel Abbatem, Decius, consil.516. *Quoniã causa ista*, nu.28. vol.2. vbi postquam dixerat, sororẽ non cõtineri filiæ appellatione, subiecit: *Et hoc comprobatur, quia filia est de descendẽtibus, & soror de trãsuersalibus, in quibus est minor ratio, §. inter eas, instit. de nuptijs. Et ideò quod disponitur de liberis, non habet locũ in transuersalibus: vt est text. notabilis in l.3.§. liberis. ff. de legat. præstand.*

En nuestro caso es esto màs cierto, por la precision de las palabras de la clausula 6. y calidades que estan ponderadas, cõforme a las quales no puede comprehenderse la hermana del vltimo posseedor. Resoluit in terminis Cacheran. Pedemont. decis.23. nu.14. & 15. his sanè verbis. *Num.446.*

Sextò, quia priuilegium, siue inuestitura vocat filias primogenitas descendentes ad successionem patris, non autem sorores ad successionem fratris. Sed in casu nostro agitur de succedendo quondam domino Ludouico Bonifacio ipsius dominæ Franciscæ Mariæ fratri, & sic collaterali, gloss. communiter approbata in l.1.§. veteres, & ibi Alex. Socin. & Ias. nu. 22. & 24. de acquirend. possess. Paul. Castrens. d. cons. 192. col. 1. per text. in §. cum verò Conradus, de his qui feud. dare poss. Ergo dicta soror admitti non debet: cum qualitatem ex inuestitura requisitam, quam probare debet, non habeat, Bart. in l.1.§. quod autem. ff. ne quid in flumine publi. & in terminis videtur decisio Iserniæ in tit. Episcop. vel Abbat.§. quin etiam, vers. dic ergo. Nam cum istud priuilegium, quatenus filias admittit, sit correctorium iuris communis, debet stricte intelligi, nec extenditur ex identitate, vel maioritate rationis, Ias. in authent. quas actiones, nu.21. C. de sacrosanct. Eccles. Et appellatione filiæ non venit soror, etiamsi eadem sit ratio, Dec. cons.516. col. fin. & faciunt quæ adducit Craueta, cons.98. numer.13. concludens post alios per eum citatos, extensionem de persona ad personam esse de iure prohibitam. Itẽ requiritur, quod sit primogenita tempore aduenientis conditionis, & sic in casu nostro tempore mortis patris, quod non fuit, quia frater eam procedebat: & licèt per fratris obitum sit inde effecta primogenita, attamen hoc non attenditur, ex his quæ scribit Tiraq. de retract.§.1. gloss.9. nu.78. & sequentib.

Y aun-

Y aunque este autor en el caso que alli se ofrecio, por el tenor de la inuestidura, que asistia a la hermana, lo resoluio en fauor della, fundado en las palabras, in nu. 49. versic. *sextum pariter*, confiessa la conclusion referida, y va con presupuesto de que es cierta: y para darle salida, no hallò otro medio mas que la forma de aquella inuestidura.

Num. 447. Las palabras de la clausula 6. La fija legitima natural mayor, nacida &c. *no se puede aplicar a la hermana.*

Y la calidad mas precisa que admite la hija, y excluye la hermana, es la que resulta de aquellas palabras, *La fija legitima, natural mayor nacida de legitimo matrimonio del dicho varon, &c.* Porque si esta hembra ha de ser nacida del tal varon, y de su legitimo matrimonio, no son palabras aplicables à la hermana, pues ella no nace de su hermano, ni de su legitimo matrimonio: quæ qualitas sororem prorsus èxcludit, ex doctrina Iserniæ in d. cap. 1. §. quin etiam, nu. 2. Episcop. vel Abbat. donde en semejante inuestidura subdit.

Dic ergo, quòd me mortuo successit filius masculus meus in feudo: deinde filius prædictus moritur sine filio masculo: an filia mea soror fratris sui succedat? videtur quòd sic: nam dictum fuit in datione feudi, quòd succedant masculi, & fœminæ descendentes ex me: tamen dicitur, quòd ex quo exclusa est filia per masculum, non admittetur vlterius ad successionem fratris. Est ratio pro hoc, quia tenor, & conditio fuit, vt fœminæ descendentes succedant. Hic non est fœmina descendens eius, de cuius successione agitur, sed ei soror, & collateralis: postquam filius successit, iam agitur de feudo filij, ff. de vulgar. & pup. subst. sed et si plures. §. 2. & desijt esse patris, persona mutata. ff. de acquir. hæredit. per procuratorem. Nellus de Sancto Geminiano de Bannitis. 1. part. primi temporis, nu. 9. versic. *Qui autem veniant*, tom. 11. tractat. part. 1. fol. 359. idipsum profitetur his verbis.

Qui autem veniant in illis verbis, & totum latus Titij, est dubitandum, quia fratres sunt de eodem latere: hinc est, quòd dicuntur collaterales. ff. de gradibus. l. Jureconsultus. §. sunt & ex lateribus. Sed quia frater licèt sit de latere patris, non tamen est de latere fratris: imo vnusquisque facit suum latus, sicut suam lineam, vt patet ad oculum. Sic ergo, sicut coniuncti nobis ex latere non sunt ex nostra linea. ff. de gradibus. l. 1. & instit. eo, in princ. licèt sint ex linea aui, & proaui, vt C. de bon. maternis. l. etiam, secundum Bart. in consil. quod incipit, quia factum, &c. Jta non sunt de nostro latere, licet

licèt sint delatere patris, vel aui nostri. Socin. cons. 33. *Circa præsentem consultationem*, numer. 8. vol. 3. Decius cons. 379. *Requisitus pro consilio*, numer. 3. vers. *Non obstat*, & num. 4. vol. 2. Ioan. Lecirier de primogenitura, lib. 2. quæst. 4. articul. 6. vers. *Sic ergo mortuo*, tomo 10. tractat. part. 1. fol. 49. ibi: *Ratio quare inter istos collaterales non habet ius primogenituræ locum, potest hæc assignari: quia primogenitura dicitur respectiuè ad genitorem: frater autem fratrem non generat, & ideo frater respectiuè ad fratrem ius primogenituræ conse qui non potest.*

Cum igitur soror non sit de linea fratris recta, seu effectiua, no puede ser esta la que es causa de atajarse la linea de los varones, de que trata la clausula 6. sino la hija, que està en la linea derecha de su padre, y por ella, no auiendo varon en aquella linea, se ataja la natural, y derecha de los varones. Y aunque conforme à las otras clausulas auia de correr la succesiō por la linea de calidad de los varones, como fuessen descendientes de don Alfonso primero llamado, sin embargo de que entre si fuessen colaterales en qualquier grado, sin que les pudiessen hazer impedimento las hembras; pero la clausula 6. quiso priuilegiar à la hija del vltimo posseedor, que tuuiesse las calidades referidas, para que esta, y no otra sucediesse, como se aduirtio en la explicacion de la dicha clausula. Vnde cum prædictæ qualitates in sorore concurre non valeant, nulla ratione dici potest, substitutionem in eius fauorem fuisse conceptam. *Num. 448. Soror non est de linea fratris, & sic non interrumpit lineam rectam.*

Quare non sunt obstaculo in cōtrarium adducta. Porque, demas de lo que hemos dicho, con que se satisfaze à la objeccion, no parece, que son à proposito las alegaciones, en que se funda doña Mariana: quia iura, & Doctores in contrarium adducti agunt de succesșione legali, & quæ iuris est ordinarij. *Num. 449. Respondese al c. significauit, que prueua q̄ la hermana, habetur loco filiæ.*

Et text. in cap. significauit, 36. de rescript. ad hanc rem non pertinet: nam quæstio ibi mota eo tendit, an rescriptum ad lites cōtra prædecessorem impetratum ad successorē trahatur? Et cum in occurrenti casu Comes Namutensis decesserat, dubium fuit subortū, an soror eius, quæ in Comitatu successerat virtute rescripti aduersus fratrem impetrati, potuisset conueniri. Pero no se dudò alli, si la hermana podia suceder en el Cōdado. Y aunque los autores, mouiendo la question, repararon en que siendo feudo, no auia de suceder la hēbra propter feu-

di naturam, no hizieron fundamento, en que fuesse hermana, ni en que no lo fuesse, sino solo en que siendo hembra, no podia auer sucedido en aquel Condado, si era feudo. Abb. in dicto capit. significauit, num. 3. ibi: *Nota tertiò, quòd fœmina succedit in dignitatibus. Unde ista mulier succedit fratri suo in Comitatu. Dicit tamē Vincētius, hoc procedere secūdū consuetudinē Gallicanam, secus de iure cōmuni, quia in dignitatibus feudalibus non succedit mulier, nisi aliud sit dictum in cōceßione feudi, vt in libro feudorum, de succeßione feudi, cap. 1. § filia. Aduerte in dignitatibus feudalibus hoc est indubitatum, sed in dignitate non feudali videtur secus, videlicét, quód de iure cōmuni succedat fœmina ad hoc cap. dilecti, de arbitr. & 12. quæst. 2. in cap. cum deuotissimam, & facit iste text. Nam hic non dicitur, quod iste Comitatus esset feudalis.* Quod & probarunt ibidem Baldus numero 2. Butrius numero 2. Cardinal. numero 2. Ancharran. num. 1. & alij.

Num. 450. Y à Molina, quē dize lo mismo.

Nequè contradicit Molin. libr. 3. cap. 4. num. 41. qui dicit, textum in cap. 1. §. inter filiam, si de feudo defuncti contentio sit inter dominum, & agnat. vassall. loquentem de filia respectu successionis patris, ad sororem etiam trahendum esse respectu successionis fratris: porque los autores que alega, no hazen caso particular el de la hermana, sino que generalmente se entiende de todas las hembsas, y de qualquier heredero estraño, que se funda en el testamento del defunto, pretendiendo, que los bienes son libres, y los agnatos, que son feudales. Tunc enim si agnatus non probet, bona esse feudalia, in dubio hæres in possessione est tuendus: quia habet de iure cōmuni fundatam intentionem, Gozadin. cons. 7. num. 11. Portius cons. 1. numer. 18. libr. 1. Menoch. de adipiscend. possessione, remed. 4. num. 378. Vuesembech. con. 93. nu. 18. lib. 2. Roland. cons. 1. num. 18. 20. & 20. & 23. vol. 1. cons. 2. nu. 28. & 31. cons. 98. num. 28. & 31. vol. 3. Burg. de Paz cons. 29. num. 88.

Num. 451. Y à lo demas quē dize D. Mariana q̄ procede en mayorazgos regulares.

Y assi no es aplicable al caso lo que en esta parte alega doña Mariana, pues procede en sucessiones regulares, y ella misma confiessa, que esta no lo es: pues para introduzirse la saca de la linea de la primogenitura, y sucession regular, y forçosamēte auia de sacar su llamamiento de las palabras desta disposiciō: Y como no le quadrā las de la clausula 6. en q̄ se funda, necessariamente se ha de dezir, que no ha llegado el caso de su llamamien-

miento: demas de que las sucessiones regulares no se pueden traer à los casos, dōde ay particular determinaciō de volūtad.

Que por ser doña Mariana mas cercana al vltimo posseedor, no funda su intencion.

DIze Doña Mariana, que se ha de atēder la proximidad del vltimo posseedor, y q̄ ella como hermana, es mas cercana de D. Afonso de Silua. Y esto no se puede adaptar à los terminos desta disposicion, en q̄ ay llamamientos particulares, que se gouiernan por la voluntad del fundador, sin dexar lugar vazio, ni desembaraçado para la disposicion de la ley en los grados, en que ha discurrido, y se compite oy la sucession. Y no estamos en llamamientos de carcania, ni en el punto, en que se disputa por los Doctores esta question, que ha sido tan controuersa: aunque recebida en Castilla la opinion, de que se ha de tomar la proximidad del vltimo posseedor.) poniendo està por regla, y dexando la disputa, y alegaciones de autores, que han confundido esta materia, y son sin numero los que la han tratado, acudiremos à la limitacion de la voluntad del testador, cui standum est ex cōcordi omnium sententia, Molin. qui in contrarium adducitur lib. 1. cap. 6. nu. 47. ad fin. lib. 3. cap. 9. numer. 20. ad fin. Socin. consil. 249. num. 24. lib. 2. Ruinus cons. 142. num. 17. versic. *Præterea in casu*, vol. 3. Beroi consil. 112. nu. 27. vol. 2. Symon de Prætis de interpretat. vltim. volunt. lib. 3. dubit. 4. solut. 3. nu. 35. pag. 230. Surdus consil. 31. nu. 33. vol. 1. consi. 241. nu. 47. vol. 2. Botta cons. 7. nume. 6. Raudens. cons. 14. num. 21. versicul. *vlterius*, libr. 1. Pulchrè Menochius consilio 1006. numer. 25. & 26. volu. 11. Donde auiendo opuesto en el num. 25. de la proximidad, y cercania del vltimo posseedor, para dar prelacion à la hermana, in num. 26. ita inquit: *Respondetur paucis, Decium, Curtium, Socinum Iuniorem, & Gratum loqui, quando agitur de successione abintestato, in qua non apparet, quæ & qualis fuerit voluntas eius, de cuius hæreditate, & successione agitur: secus in casu, in quo est contentio de successione ex testamento dictæ donnæ Beatricis, quæ vocauit filios, & successores masculos dicti Don Roderici hæredis à se instituti.*

Nu. 452. La regla de la proximidad del vltimo posseedor, en que se funda doña Mariana, es cierta, pero limitase por la voluntad.

Et sat est, per coniecturas de voluntate constare, vt præter eos, quos proximè retulimus, probant Hieronym. Gabr. cons. 86 num. 17. lib. 1. Hippolyt. Rimin. cons. 246. num. 21. lib. 1.

Nu. 453. *En este mayorazgo hizo el fundados cabeça de la sucession â Don Alfonso.*

El punto estara en aueriguar, qual fue la volũtad del fundador en esta parte. In quo tres casus cẽseo distinguendos. El primero tienẽ consideracion à la proximidad del testador. El segundo, à la del grauado. El tercero, à la del vltimo posseedor. La dificultad, y disputa ha sido en el primero, y tercero caso, entre el testador, y vltimo posseedor. Y en el segundo, respeto del grauado, que fue Don Alfonso, hijo primogenito del fundador, entiendo que no puede auer disputa, y que sale de las reglas ordinarias, y que su proximidad se ha de atender en lo q̃ toca à sus descẽdientes, y por el consiguiente la del fundador, que es vna misma en esta descendencia, pues el mas cercano en ella al vno, lo ha de ser tambien al otro con sola la distancia del grado de padre à hijo, que los diferencia. Y à esta cercania tuuo atencion el fundador, poniendola tanto en la persona de su hijo, quanto en la suya, como lo mostrare por la letra de las clausulas.

Y que tuuiesse respecto à la persona de su hijo en la proximidad del que huuiesse de suceder. Primò constat, porque le hizo tronco, y stipite desta sucession, como consta por la escritura desta fundacion. Porque en ella hizo dos mayorazgos. El vno en cabeça de Don Alfonso de Silua su hijo mayor. Y el otro en cabeça de de don Iuan de Ribera, su hijo segundo. Y à cada vno dellos en cada mayorazgo los haze cabeça y principio de la sucession: y la proximidad, en los llamamientos que hizo, la regulò por cada vno dellos, sin tener atencion en toda su descendencia, ni à su persona sola, ni à la del vltimo posseedor. Y por esso dize en la clausula 4. deste mayorazgo: *Por la linea derecha del dicho Don Alfoñ de Silua.* Y en la clausula septima, ibi: *Fasta que los decendientes de mi, e del dicho Don Alfoñ de Silua mi fijo por la linea derecha, nacidos de legitimo matrimonio, se acaben, primeramente los varones, &c.* Donde, porque auia dicho, *los descendientes de mi,* en que parecia, que se atribuya à si la proximidad, vt dicemus, añadio: *E del dicho Don Alfoñ de Silua mi fijo:* porque por la descendencia deste quiso, q̃ corriesse el mayorazgo, que en el fundò, como auia de correr el otro por la del dicho Dõ Iuan de Ribera. Y en la clausula 10. ibi: *E si el dicho*

Don

don Alfoñ de Silua mi fijo, e los descendientes del por recta linea,&c. Y en la clausula 27. ibi: *Del dicho don Alfoñ de Silua, è de sus descendientes, o del dicho don Iuan de Ribera, o de sus descendiẽtes.* Y en la clausula 29. ibi: *Los quales dichos descendientes del dicho don Alfoñ de Silua, e del dicho don Juan de Ribera.* Et ibi: *Descendientes del dicho don Alfoñ de Silua, è de los otros descendientes del.* Et ad finem, ibi: *A fallezimiento de la linea del dicho don Alfoñ, è de sus descẽdientes, como dicho es.* Y en la clausula 30. ibi: *La fija mayor del fijo mayor del dicho don Alfoñ de Silua, e sus descendientes.* Y en la 31. al fin, ibi: *A fallezimiento de la dicha linea del dicho don Alfoñ de Silua, è de sus descendientes por linea derecha.*

Y que por este modo quedasse don Alfonso por trõco desta sucesion, y del se aya de tomar la proximidad, como del heredero y primero llamado, quãdo estã substituydos a el los de su familia, o descẽdencia, docet Alciat. in l. peto. §. fratre, nu. 5. ff. de legat. 2. ibi: *Sed & cũ testator se relinquere Titio fratri, & eius familiæ dixisset, proximitas ab ipso hærede ducitur, nõ à testatore: quia non de sua, sed de hæredis familia est loquutus.* Hunc refert & sequitur Mãtica, de coniectur. vltimarũ voluntat. lib. 8. tit. 12. nu. 31. in fine, vers. *Et siquidem*, pag. 350. vbi ait, quòd si testator dixerit, se relinquere familiæ suæ, intelligatur de proximioribus testatoris. sed si dixerit: se relinquere fratri, & eius familiæ, intelligitur de proximioribus hæredis: Cephal. cons. 313. nu. 61. vers. *decimo*, & nu. 62. vol. 3. ibi: *Decimo, cum dominus Ioannes Gaspar secundus testator post mortẽ Iulij, & Francisci Marij, vel alterius ipsorũ, vel si non extarent, vel extarẽt, & quandocunque decederent, instituerit, & substituerit vulgariter, pupillariter, & per fideicõmissum proximiorẽ, seu proximiores, vnũ, vel plures masculos legitimos, & naturales ipsorũ Iulij, & Frãcisci Mary, & cuiuslibet eorum: & sic cũ Francisco Mario quãdocunque decedenti substituerit proximiorẽ, vel proximiores ipsius Francisci Marij; & hic casus euenerit, & sit præcisus, & formalis, in claris nõ est opus coniecturis.* Et in numeris sequentibus latè prosequitur. Eleganter Peregrin. cons. 50. n. 4. vol. 1. Raudens. cons. 14. nu. 21. vers. *Vlterius*, vol. 1.

Num. 454. Y assi se ha de tomar la proximidad de su persona, como de grauado.

Y esta cõclusion sale fuera de la question ordinaria, si se atiẽde de la proximidad del testador, o del vltimo posseedor: porque en

Num. 455. Quando ay perso[...]

na, cuya proximidad mãda el fundador que se atièda, cessa la question ordinaria de la proximidad.

en auiendo persona nõbrada, como es el heredero, y llamãdo se la familia deste, o sus descẽdientes, en esta substitucion, y en los que han de suceder por ella, se ha de atender, no la proximidad del testador principalmente, ni la del vltimo posseedor en ninguna manera, sino la de aquel, que està especial, y expressamente nombrado en primero lugar. Y esto es lo que dixo el texto in l. cum ita legatur, 33. §. in fideicommisso. ff. de legat. 2. porque auque se trae para la question ordinaria, que es la que disputan alli los autores, verdaderamente el texto hablò en este caso. Inquit enim Modestinus, *In fideicommisso, quod familiæ relinquitur, ij ad petitionem eius admitti possunt, qui nominati sunt, aut post eos omnes extinctos, qui ex nomine defuncti fuerunt eo tẽpore, quo testator moreretur, & qui ex his primo gradu procreati sunt, nisi specialiter defunctus ad vlteriores voluntatem suam extenderit.* Dum enim text. dicit: *Et qui ex his primo gradu procreati sunt*, refertur ad nominatos, vt ab eis proximitas desumatur, gloss. verbo, & qui ex his, & Doctores in dict. §. in fideicõmisso, vbi Alciat. nu. 8. præsertim ibi: *Certior est ille casus, quando testator Petro, & Joanni, & eorum familiæ legasset: ex pronomine eorum satis indicatur mens eius ad proximos eorum respicientis, nõ suos.* Cephal. cons. 416. nu. 24. cum sequentib. vol. 3. Simon de Prætis, de interpretat. vltimar. volunt. lib. 3. interpret. 3. dubit. 4. solut. 3. num. 43. pag. 232.

Y como el heredero fue don Alfonso, q̃ no era de otra familia, sino de la misma del testador, quãdo tuuo contẽplacion a la persona del, la tuuo tambien a la suya, respeto de los descẽdientes del dicho don Alfonso. Con que dio a entender, q̃ no se auia de atender la promixidad del vltimo posseedor, sino la del heredero, a quien hizo cabeça, y stipite de la sucession, respetando tambien a su persona en los descendientes del dicho don Alfonso, pues no podian ser mas cercanos al dicho don Alfonso, sin que lo fuessen tambien al mismo fundador, por medio de la persona del dicho don Alfonso.

Num. 456. En este mayorazgo se atiẽde la proximidad de don Alfonso, y del fundador, por la clausula 28. ibi, Mas cercano a mi.

Lo segundo se prueua por la clausula 28. ibi: *E mando, que desque alguna mi descendiente, o de las personas suso decladas començaren a auer, e tener la dicha villa, è logares, è bienes, con lo que dicho es, o cõ alguna cosa, o parte dello, segun la dicha mi disposicion, è ordenança, que les non sean tiradas, aunque despues nazca otro pariẽte de mi linage, e trõ*

co,

co, varõ, o muger mas cercano a mi, q̃ la tal descẽdiẽte en grado de parentesco. No pueden ser mas claras las palabras, para excluyr la proximidad del vltimo posseedor, q̃ estas q̃ dizen, *Mas cercano a mi*, en q̃ no huuo disputa entre los Doctores, ni opiniones cõtrarias: porq̃ no depende de cõjetura, ni es necessaria interpretaciõ, sino caso indubitable, Rubeus Alexandrin. consil. 82. nu. 5. ante fin. ibi: *Et in casu nostro res clara videtur, quia testator vocauit post mortẽ Ioseph, & filiarũ proximiores ipsius testatoris, &c.* Simon de Præt. de interpretat. vltim volun. interpretat. 3. dubit. 4. solut. 3. nu. 34. pag. 230. ibi: *Et res clara videtur, quãdo testator vocat proximiores ipsius testatoris,* melius idẽ Simõ de Præt. cons. 37. nu. 7. vers. *Vlterius,* cũ sequentib. præsertim ibi: *Tũ etiã ob secundũ caput dicti fideicõmissi, de quo agitur, verificati post mortẽ hæredis sine filijs masculis, & vocatis expresse proximiores dicti domini testatoris masculos, adeò quòd in hoc articulo alioquin valde dubio penes Doctores, vt videre est ex allegatis per Tiraq. de vtroque retractu, in 1. tit. §. 11. gloss. 2. nu. 12. cũ sequent. & alibi per Doctores, quòd debeãt attendi proximiores testatoris, habemus declarationẽ ab ipso testatore, cuius voluntatẽ sequi debemus, vt in specie dicit Socin. cõs. 249. col. 15. vers. Circa tertiũ. Idem sentit Ruin. cõs. 96. nu. 16. lib. 2.* Pulchrè Peregrin. cõs. 50. nu. 2. lib. 1. vbi plura exẽpla, & cõiecturas subijciens, ex eis depromit volũtatem testatoris desiderãtis, ex eius persona sumendã esse proximitatẽ, atque eã esse sequendã ex pluribus cõcludit Raudens. qui cõtrariam opinionem obnixè defendit, hoc ipsum in hac specie verũ esse fatetur, cõs. 14. nu. 21. lib. 1. latissimè Menoch. cõs. 106. nu. 168. cũ pluribus sequentib. lib. 2. vbi agit de substitutione his verbis concepta. *Substituo agnatum meum mihi in gradu proximiorem*, ex nu. 181. & 235. cum sequentib.

En caso mas dudoso, quãdo testator dicit, *Substituo agnatum meũ*, nõ adiecto verbo, *Mihi*, tratãdo delas palabras relatiuas, *Meus*, vel *Suus*, ea ad testatoris proximitatẽ esse referẽda, resoluunt Simõ de Præt. & Menoch. supra, Alex. cõs. 14. nu. 15. vol. 4. Alciat. in l. cũ ita legatur, §. in fideicõmisso, nu. 12. in fin. ff. de legat. 2. & cõs. 533. nu. 2. & 3. Roland. cõs. 70. nu. 75. cũ sequentib. vol. 3. Cephal. cõs. 333. nu. 8. vol. 3. Crasus, de success. §. fideicõmissum, quæst. 18. nu. 2. & 3. Anton. Petra, de fideicõmiss. quæst. 11. nu. 4. vbi id indubitatũ asseuerat Peregrin. de fideicom.

Num. 457. *Las palabras* Meus, Suus, *endereçan la proximidad al fundador.*

deicom.art.20.nu.9.fol.181.& conf.50.nu.2.vol.1.Thesau. Pedemont.decis.64.nu.6 ad fin.vers. *Quibus statibus*. Hierony. Laurent.Auenoniensi,decis.37.nu.1. cũ sequent. & ex nostris Tello in l.27.Taur.nu.7.quem Greg.& Peraltã refert,& sequitur Mieres,de maioratu,part.2.quæst.8.nu.3.& 4.

Idque probat elegans text.in l.debitor,59.ff.ad Trebellian. ibi: *Debitor sub pignore creditorem hæredem instituit, eumq; rogauit restituere hæreditatẽ filiæ suæ, id est, testatoris*, gloss. verbo,sua,in l.ex facto,17.ff.ad Trebellian. vbi Bart.num.4.Faciunt.l.si ita legatum.8.l.argumento 27.versic. *Si quis addiderit*.l.scribit Quintus Mutius 36. ff. de auro, & argento legat.l. nuper 83.ff.de legat.3.

Num. 458. *En este mayorazgo, fue lo mismo dezir el fũdador,* Mas cercano a mi, *que si dixera,* A dõ Alfonso.

Y denotando estas palabras, *Mas cercano à mi*, proximidad, respeto de la persona del fundador, importan lo mismo q̃ si dixera de la de dõ Alfonso, respeto de sus descendientes, pues que en esta consideracion el mas cercano al vno, lo auia de ser tambien al otro. No como en el caso en que el testador, y grauado, son de diuersas familias, o puede auer disparidad en la cercania: que entonces se ha de seguir la voluntad, quãdo està clara: y si està dudosa, entra el encuentro de opiniones: pero siendo toda vna familia, y descendencia, en que el mas cercano al grauado lo es al testador, extra omnem controuersiam versamur: Couarru. practic.cap.38.num.3.versic. *Non obstat quod illic dicitur*, Surdus, consil.120. nu.13. volum.1. vbi explicando textum in l.cum ita legatur 33. §. in fideicommisso, ff.de legat.2.ita inquit: *Responderi etiam potest, & magis planè, quòd retenta inductione Socini, ideò in eo textu vocatur tertio loco proximior grauati, quia is est etiam proximior testatoris: nam si post nominatos succedit is, qui est proximior testatori: non erit dubium, quin ex his proximioribus nati sint, etiam proximiores testatori: non enim possunt esse proximiores grauato, qui erat proximior testatori, quin etiã sint proximiores testatori. Et ita respondet Fabius in d. §. cum ita, num.42. idem est ergo, quòd quis sit testatori proximior, vel quód sit proximior grauato.*

Num. 459. *Respondese a la oposicion, de que la clausula 28. habla en caso particular.*

No obstaria dezir, que la clausula 28. habla en caso particular, en que auiendo sucedido vna hembra, nace despues vn varon, o hembra mas cercana, y que por esto no se ha de entẽder generalmente, sino solo en su caso. Porq̃ se responde, que esta clausula se puede tomar de dos maneras. La vna en fuerça de

de declaracion, que por la palabra, *Mas cercano à mi*, se declaren las palabras, que estan expendidas de las otras clausulas, para prouar que tuuo consideracion el fundador en la proximidad à la persona de don Alfonso su hijo, y por el consiguiente a la suya, y no a la del vltimo posseedor: porque como està es vna escritura, todo el contexto della se ha de entender vniformemente, que vnas clausulas se entiendan por otras. Vnà enim pars testamenti per aliam declaratur, l. vt rum. 8. ff. de petit. hęredit. l. qui filiabus, 17. l. talis scriptura. 30. ff. de legat. 1. l. si seruus plurium. 53. §. fin. ff. de legat. 2. l. vlti. ff. de reb. dub. quo modo testator dicitur se ipsum explicare, Decia. consi. 34. nu. 63. volum. 3.

La otra en fuerça de disposicion, porque si dize, que estãdo la hembra en possession, no pueda otro pariente mas cercano à don Alfonso, y al fundador, quitarle el mayorazgo, por el cõtrario dispone, que si concurriessen antes que esta tal hembra tomasse la possessiõ, sin embargo de que fuesse mas cercana al vltimo posseedor, como pretẽde doña Mariana, se prefiriria el mas propinquo a don Alfonso, sumpto argumento a cõtrario sensu, quod valet in vltimis voluntatibus, l. si legatum purè, 10. l. legata inutiliter, 14. ff. de adimẽd. legat. l. aliquando, 106. ff. de condit. & demonstrat. l. quod purè, 6. ff. quando dies leg. ced. Manti. de coniectur. vltim. volunt. lib. 3. tit. 17. Simon de Præt. de interpræt. vltim. volun. interpręt. 3. dubit. 4. solut. 1. num. 97. pag. 214. Peregrin. de fideicommis. art. 28. num. 18. fol. 255. Menoch. consi. 421 num. 36. vol. 5. Decian. cõsi. 34. nu. 103. consi. 57. num. 50. vol. 1. Bursat. consi. 381. num. 28. volu. 4. Paulus de Monte Pic. consi. 101. num. 14.

Num. 460. En la clausula 28. se dispone la de la cercania; per argumentum à cõtrario sensu.

Y como quiera que dispuso el fundador, que para que a la hembra no le precediesse el mas cercano a si, y a su hijo don Alfonso, fuesse calidad necessaria, que estuuiesse ella en possession, antes que naciesse el mas cercano, auiendola incluydo con esta calidad, por el consiguiente la excluyò, no la teniendo, y assi en el concurso con el mas cercano: Nam inclusio eorum, qui certam habent qualitatem, est exclusio eorum, qui illam non habent, l. cum prætor. 12. ff. de iudic. cap. nonne 5. de præsumpt. in specie Menoch. consi. 568. numer. 5. volum. 6. idem Menoch. consi. 278. num. 39. & 40. volum. 3. Qua ratione, si el mas cercano a don Alfonso, y al fundador naciesse antes que la hembra entrasse en possession, aunque ella fuesse

Inclusio eorũ, qui certã habent qualitatem, est exclusio eorum, qui illã non habent.

mas cercana al vltimo posseedor,no le importaria para suceder,ni podria hazer competencia al que estuuiesse en grado mas proximo al fundador.

Y esto fue lo que considerò el instituydor deste mayorazgo,poniendo la mayor duda en el pariente mas cercano à si, que naciesse despues de auer sucedido la hembra: porque si naciesse antes,conforme à lo que dexaua dispuesto, este auia de ser preferido,sin que la hembra mas cercana al vltimo posseedor se le pudiesse oponer.Y acudiendo al caso de mas duda dize: *Aunque despues nazca otro pariente de mi linage,e tronco,varon,ò muger mas cercano a mi,que la tal descendiente en grado de parentesco:*

En lo qual considerò tres casos. El primero, si naciesse pariente mas remoto,varon,ò muger: y en esta no podia caer la duda,y podiala auer respeto del varon, presupuesto la aficion que tuuo à los varones agnatos,y cognatos,de q̃ se tratò en la explicacion de las clausulas.El segundo,si fuesse de ygual grado,pero de mejor linea.El tercero,si fuesse mas cercano al fundador.Y este caso, en que puso mayor dificultad, lo determinò expressamente,con que determinò tambien el primero,y segundo,que tenian menos duda:porq̃ aquella diccion: *Aunque*,es implicatiua,quæ exprimit casum magis dubitalem, & implicat minùs dubitalem,como se aduirtio en la exposicion de la clausula 28.nu.117.donde se apuntò, como se podia verificar esto,que aqui dispone el fundador.

Y con la distincion destos tres casos conuiene la excepciõ, ibi: *Saluo si de la tal descendiente muger naciere fijo varõ legitimo natural, nacido de legitimo matrimonio,ca llegado à edad de siete años el fijo varon que le naciere: luego quiero que el tal fijo aya la dicha villa,&c.* La qual excepciõ es muy congrua,y de la misma regla,que cõprehendio los dichos tres casos,sacandola del primero,y dãdo à entender la duda,q̃ se le auia ofrecido,si algun varon naciesse despues de posseer la hẽbra,y no quiso que ninguno mas remoto la quitasse la possession,sino fuesse su hijo,en llegando à siete años.

Num. 461. Oponese, que argumentum à contrario sensu nõ potest deduci è verbis negatiuis.

Y porque dezimos,que en sentido contrario hizo esta clausula regla en fauor de la cercania à don Alfõso, y al fundador, se opone,que hablando la clausula por palabras negatiuas,ibi: *Que les non sean tiradas*,no se puede sacar dellas argumento à contrario sensu,ex Bald.in l.2.C.de condit.insert. num. 3. versi.

versi. *Contrarium dico, quia ex dispositionibus priuatiuis nõ resultat habitus, vt ff. de hæred. instituend. l. ex facto. Item ex dispositionibus negatiuis non resultat affirmatio, vt ff. de manumiss. testam. l. Titia, §. 2.*

Pero esta oposicion, que se haze alegando solamente à Baldo, se elide facilmente con el mismo Baldo, que en caso mas apretado que el nuestro tuuo lo mismo, q̃ pretendemos, y contra lo que dixo en el lugar, que està referido, Bald. inquam in l. voluntas. 4. C. de fideicommiss. num. 7. ita inquit in versicul. *Pone casum, est mihi feudum ea lege, vt extra agnatos non alienem, intra agnatos videtur permissum, & videtur, quod possit à contrario sensu, vt hic, & ff. de pact. dotal. l. inter, §. cum inter. In contrarium videtur: quia istud argumentum â contrario sensu esset absurdum, & contra naturam feudi. Solutio puto per illud argumentum â contrario sensu naturam feudi alterari, nec intelligo agnatos prohibitos, quanquam àliàs non sint feudi participes, vt ff. de legat. 3. l. pater, §. quindecim. Nam hoc verbum, agnatus, significat affectionem loquentis, vt ff. de hæred. instituend. l. Lutius.* Quem sequuntur Ias. in l. de quibus, num. 15. ff. de legib. Euerard. in Topic. legalib. in loco à contrario sensu, num. 28. pag. 519. *Num. 462. Respondese, mostrando que lo contrario es cierto por Doctores.*

Hanc conclusionem, scilicet, quod ex verbis negatiuis argumentum à contrario sensu depromatur, reprobato eodem Bald. in d. l. 2. nu. 3. C. de condit. insertis, veram esse cẽset Alex. in l. 1. nu. 11. ff. de offic. eius, cui mand. est iurisd. eiusdẽ fuit sententiæ Decius in dict. l. 1. nu. 54. qui Baldi institutum refellit, & Alexandri resolutionem sectatur, quamuis rationẽ ab eo redditam impugnet, pulchrè Bolognet. in d. l. 1. num. 97. vbi ait: *Et prædictam opinionem, quod non sit differentia inter verba negatiua, & affirmatiua, puto veram*, & ibi Iacob. de Nigris, nu. 41. versi. *Ego tamen credo*, Mantic. de coniectur. vlti. volunta. lib. 3. tit. 17. nu. 9. qui latè disputat à nu. 4. cum sequentib. Tuschus tomo. 1. lit. A. conclus. 498. nu. 122. Quam sententiam communem esse profitetur Euerard. in Topic. legalib. in loco à contrario sensu, num. 41. ad finem, versi. *Quarto istud limitatur*, pag. 527. vbi agit de vltimis voluntatibus, referẽs se se ad ea, quæ dixerat in contractibus, num. 25. & 26. vbi idem concludit, & ante eum Romanus in l. si cum dotem, num. 39. ff. soluto matrim. & conferunt adducta per Doctores in l. actione, 4. C. de transactionibus.

Num. 463. Y por textos.

Quæ sententia pluribus iuribus fulcitur, l. si legatum, 10. ff. de adimend. legat. ibi: *Nam legatum cum sub conditione adimitur, perinde est, ac si sub contraria conditione datum fuisset*, l. legata inutiliter 14. ff. cod. tit. l. aliquando, 106. ff. de condit. & demonstr. ibi: *Ex diuerso quoque purum datum legatum conditionale videtur, veluti, quòd sub conditione ademptum est: quia sub contraria conditione datum intelligitur*, l. voluntas 4. C. de fideicommiss. ibi: *Voluntas patris prohibentis liberos fundos extra familiam vendere, vel pignori dare, fratrem sorori donare prohibuiße non videtur*, l. si ita quis libertatem, 13. §. vltim. ff. de statu liberis, l. qui testamento. 20. §. cum qui, versi. *Mulier*, ff. de testament. l. ex eo 18. ff. de testib. cap. cum Apostolica 7. versic. *Nam & in Lateranensi*, de his quæ fiunt à prælat. sine consen. cap. ibi: *Nam, & in Lateranēsi Concilio est inhibitum, ne qualibet religiosa persona Ecclesias, & decimas de manu laicorum sine consensu Episcoporum recipiat, per quod indirecte datur intelligi, quód sufficit consensus Episcopi, vt licitum Ecclesiæ sit decimas de manibus recipere laicorum.*

Ex quibus iuribus cōstat, nihil interesse, an verba sint affirmatiua, vel negatiua: in vtroque enim casu par viget ratio, nā argumentum à contrario sensu dessumptum tacitam, & verisimilem dispositionem in casu opposito inducit, nisi in eo contraria prorsus ratio, & tacita contraria mens animaduertatur implicitum intellectum eruens: cum hoc argumentum intra rationis cancellos contineri debeat, ne absurdum inde proficiscatur, Doctores in l. 1. ff. de offic. eius, cui mandat. est iurisd. & in dict. cap. cum Apostolica, de his quæ fiunt à prælato sine consen. capit. Quod vulgatum est, & pasim tradunt Doctores.

Num. 464. Muestrase, q̃ deste setido no resulta absurdo.

De donde se sigue, que no auiendo absurdo, ni razon contraria, el argumento procede ygualmente, tāto en las palabras negatiuas, como en las afirmatiuas. Y que aqui no le aya, ex eo patet, que el fundador fue siempre en el discurso desta disposicion respetando la proximidad a la persona de don Alfonso, que hizo cabeça, y stipite desta sucesion, y à cuya persona quiso, que se tuuiesse consideracion, vt dictum est nu. 453. cum sequentibus. Y à este intento corresponde lo que dize esta clausula 28. en aquellas palabras: *Mas cercano à mi.* Y como este es mayorazgo irregular, voluntatem tantum disponentis insectamur. Y este es el derecho que se ha de seguir, que nace de su volun-

voluntad, vt sæpius repetitum est. Y assi el absurdo no se ha de considerar por lo dispuesto por el derecho, sino por la voluntad del fundador, cui cum non repugnet, sed maximè consentaneum sit, argumentum à contrario sensu depromptum, dicendum est, id iure optimo inniti, pues no ay caso en toda esta disposicion, en que el fundador tenga respecto à la perso na del vltimo posseedor, sino solo en el de la clausula 6. en que està incluyda la señora Doña Iuana, como està prouado en su inclusion, y en la exposició de aquella clausula. Demas de que no es contra derecho, que se tome la proximidad del fundador. En lo qual ay dos opiniones contrarias, ambas comunes: y mas comun en terminos rigurosos, que se aya de atender la persona del testador, mayormente en mayorazgos irregulares, como es este, que es de agnacion con llamamientos particulares diferentes, y contrarios al derecho comun.

Reliquum est occurrere iuribus in cõtrarium adductis per Bald. in dict. l. 2. nu. 3. C. de condit. insert. quorum alterum est, l. ex facto, 19. ff. de hæredib. instituend. Alterum, l. Titia, 59. § vltimo, ff. de manumis. testamento.

Non vrget dict. l. ex facto, in quo textu Vlpianus agit de hæredis institutione, quæ expressim, & nominatim fieri debet, l. hæredes palam, 21. ff. de testament. l. iubemus, 29. C. eod. titul. non verò per coniecturas, l. vnica, ff. si tabulæ testamẽt. extabũt, ibi: *Quia ex cõiectura non propriè scriptus videtur.* Doctores in dict. l. iubemus, vbi obseruant hæredis institutionem nutu testatoris non posse fieri, vt post alios recenset Alex. ibidem, num. 2. Couarr. in cap. cum tibi, num. 4. de testam. Menchac. de succes. creat. §. 18. num. 6. versic. *& dum diximus,* Socin. Iun. cons. 174. num. 8. lib. 2. & ideò siue ex verbis affirmatiuis, siue negatiuis argumentum à cõtrario sensu deducatur, inde hæredis institutio prodire non potest. Qua ratione idem Bald. innititur in dict. l. ex facto, num. 2. ibi: *Dico, quod argumentum à contrario sensu non sufficit, quoad institutionem hæredis: quod est notabile, & est hic casus.* Vbi tradunt Angel. num. 1. Cuman. num. 2. Paul. Castrens. num. 1. Ioan. de Imol. num. 2. quod & sensit ipse Bald. in dict. l. 2. C. de condit. insert. num. 3. vers. *Pone, pater dixit, ex hæredo filium meum, si non redierit ad patriam, nunquid videtur eum instituere, si ad patriam redierit? videtur, quòd sic à contrario sensu.* Y auiẽdo puesto esta question, resuelue en el vers. *contrarium,* quòd

Num. 465. Respõdese a la l. ex facto, ff. de hared. instit. que habla en institucion de heredero, que no puede induzirse por cõjecturas.

pater illo casu non intelligitur filium per contrarium sensum hæredem instituere, scilicèt, si in patriam redierit. Y assi hablò en el caso de la misma ley ex facto. Y es verdadera su resolucion, aunque no corre la razon general que dio, nempè, quòd ex dispositionibus negatiuis non resultat habitus, en todos los casos, sino solo en la institucion de heredero, como el mismo lo siente, dicta l. ex facto. Quod quidem in substitutionibus fideicommissarijs non obtinet, quæ non tantum verbis expresis, sed etiam coniecturis inducuntur, l. cum proponebatur, 66. l. vnum ex familia, 69. §. vltimo, ff. de legatis, 2. l. cum virum, 16. C. de fideicommissis, vbi Doctores, y en terminos de mayorazgo, Molina libro primo, capite primo, numero septimo, capite quinto, numero primo, cap. 17. numero 25. Mieres de maioratu, 1. parte, quæstione 1. numero tertio, & in secunda part. quæstion. 5. Menochius de præsumpt. libro quarto, præsumpt. 67. numero septimo, & in terminis explicando tex. in dict. l. ex facto, & alios in id recensendo respondit Mantica de coniectur. vltimarum voluntatum, libro 3. titulo 17. numero 10. Imò decisio illius text. ad argumẽtum sensus contrarij non spectat, sed generaliter inde promanat conclusio. Quòd per verba conditionalia, siue enuntiatiua, quæ coniecturam tantum inferunt, hæredis institutio non inducitur. Et hoc est, quod asserunt Doctores omnes communi voto in dict. l. ex facto, Socin. in l. 1. numer. 33. ff. de vulgar. Lancelotus Politus de substitutionib. 2. part. numer. 17. cum sequent. tom. 8. tracta. part. 1. fol. 227. Goueanus lib. 1. variarum lection. cap. 16. Anton. Gomez tom. 1. variarũ, cap. 3. num. 23. ad fin. Caldas Pereira de nominatione emphit. quæst. 1. num. 63. cum seq.

Y assi el punto no està en ser las palabras negatiuas, ò afirmatiuas: porque en las vnas, y en las otras se haze ygual determinacion, para que por conjecturas no se induzga la institucion de heredero. Pero la substitucion fideicommissaria, como se puede induzir por conjecturas, tambien se induze per argumentum à contrario sensu, del qual nace cierta conjectura de la substitucion, y grauamen de restituyr, y persona à quien se ha de hazer la restitucion.

Num. 466. Respondese a la l. Titia, §. fin. ff.

Nequè refragatur textus in dicta l. Titia, 59. §. final. ff. de manumissis testament. animaduerso communi intellectu, quo docemur, hæc verba: *Onesiphore, nisi diligenter rationem*

tionem excusseris, liber ne esto, in eo sensu accipi, vt hæres, etsi maximè velit, Onesiphoro libertatem dare non possit, nisi prius is diligenter reddiderit rationes, & consequenter his verbis tollitur potentia, non actus: nam alioquin prædicta verba frustra exprimerentur; cum Onesiphorus, his etiam verbis non pronuntiatis, non fiat liber, Bald. in cap. cum accessissent, de constitut. numer. 7. in princip. presertim, ibi: *Quia per hæc verba non relinquitur libertas rationibus redditis, sed redditur facultas manumittendi*, Alexand. num. 11. Deci. nu. 54. Bolognet. num. 97. Iacob. de Nigris, nu. 41. in l. 1. ff. de offic. eius, cui mandata est iurisdict. Doctores in l. actione, 4. C. de transactio. vbi Deci. nu. 5. D. Anton. de Padilla, nu. 10 Couarru. de sponsal. 2. part. cap. 4. §. 1. num. 9. Gratian. reg. 45. nu. 1. Mantic. de coniectur. vltimar. volunt. lib. 3. tit. 17. nu. 8. Y assi conforme à este comun sentido, corre bien el argumento à contrario sensu en aquel texto, aunque se concibio la disposicion por palabras negatiuas, pues no dando la cuenta Onesiforo, no le podia el heredero dar libertad, y dandola, quedaua en su mano, y poder hazerle libre.

de manumiss. te-stam. quod in eâ procedit argumẽtum â contrariò sensu.

Lo tercero, se prueua auerse de atender la proximidad de D. Alfonso, porque la regla de q̃ se aya de atender la proximidad del vltimo posseedor, no procede, quãdo el fundador, como en este caso hizo distincion de dos estados de personas, el vno de varones por linea masculina, y el otro de hembras: porq̃ en este caso, acabado el estado de los varones, para q̃ entre à suceder el delas hembras, se atiende la proximidad del testador, y no la del vltimo posseedor, vt ex pluribus respondit Tiberius Decian. consil. 21. per totum, maximè numer. 6. 7. & 8. volumin. 3. vbi concludit, quòd aut in eadem linea deuoluitur fideicommissum, & proximitas grauati attenditur: aut fit transitus de linea masculina deficiente ad lineam fœmininam, & tunc proximior testatori admittitur ea ratione: quia quando deficiunt illi omnes masculi, quos primò testator ad successionem inuitauit, & fit transitus ad alium statum personarum, non potest considerari proximitas præcedentis status, siue gradus prædilecti, sed res reuertitur ad considerationem testatoris, vt eorum quos ipse prædilexit in substitutione huius noui status, dum post mares fœminas vocauit noua successio à testatore incipiat. Atquè ea ratione mouetur Decianus, quòd vbi feudum, extinctis illis, & ipsorum

Num. 467. Quando el mayorazgo passa de vn estado a otro, atiendese la proximidad del fũdador.

linea;

linea, quibus fuerat commissum, reuertitur ad aliam lineam, succedunt proximiores acquirentis, non autem vltimo loco defuncti, ex text. in capit. 1. de natura succesion. feud. Caualcan. decisio. 18. num. 105. part. 3. Mantic. de coniectur. vltimarum voluntat. lib. 8. titul. 12. nu. 31. circa finem, vers. *Et nouissimé*, pag. 349. pluribus relatis Peregrin. de fideicommiss. artic. 20. num. 5. fol. 180. alios allegat Casanate cons. 23. num. 6. & hi quidem in eam sententiam adducunt textum in l. cum ita legatur, 33. §. in fideicommisso, ff. de legat. 2. & in l. is qui complures, 92. ff. de legatis, 3. & in dict. capit. 1. de natur. succesio. feudi.

Num. 468. Y la razon desto, y autores que lo tienen.

Huius rei ratio est, quia cum in fideicommissis testatori, nõ autem vltimo defuncto succedatur, l. cohæredi, 41. §. cum filio, ff. de vulgar. & in l. vnum ex familia, 69. §. si de falcidia, ff. de legatis, 2. l. sancimus, 7. §. cum autem, C. ad Trebellianum, Menochius consilio 528. numer. 25. & 31. volumid. 6. Y acabada la linea del vltimo posseedor, y no quedando en ella persona alguna, que pretenda la proximadad del que vltimamente murio, los que estan en la otra linea, que no tienen dependencia de la primera, auiendo de darse principio à nueuo estado de personas: Como en la sucesion del primero se deuio tomar la proximidad, y principio de la persona del testador: asi tambien quando han de suceder las personas de la otra linea, y nueuo estado dellas, à la primera de las dichas personas ha de hazer cabeça, y proximidad el instituydor. Y este es vno de los casos, en que se limita la opinion de los que tienen, que la cercania se ha de tomar del vltimo posseedor, quando scilicèt finita vna linea, alia incipit, vt præter eos, quos proximè recensuimus, obseruant, plures alios congerendo, Cephalus consilio 493. numer. 42. & 43. volumine 4. Portius Imol. consilio 55. numero 83. cum sequentibus. Aymon Crauet. consilio 950. volumine 5. Pancirolus consil. 170. num. 14. versicul. non obstat. Tiber. Decian. consilio 14. numero primo, volumine quinto, Ioseph. de Rustic. consilio secundo, post tractatum de liberis in conditione positis, numero 113. Y esto se verifica, quando se passa al estado de las hembras, auiendose llamado primero los varones: porque estos hazen linea continuada por voluntad del fundador: & extinctis omnibus masculis exmasc ulis eorum linea dicitur finiri, vt constat ex his, quæ diximus nu-

numer.

mer. 18. cum sequentibus. Qua extincta, cum fiat transitus ad aliud genus personarum, la hembra que ha de suceder, ha de ser la mas cercana al fundador, y no la que lo es al vltimo posseedor.

Num. 469. *Y procede mas sin duda en esta disposicion, que atendio a la proximidad de don Alfonso en este caso.*

Esta conclusion procede mas sin duda en los terminos de la disposicion deste mayorazgo: porque aunque bastara auer el fundador continuado los llamamientos de los agnatos, sin interposicion de hembras, para que llamando hembras en defeto de varones, se huuiesse de atender la proximidad suya, y de don Alfonso su hijo, à quien hizo tronco y cabeça desta sucession. Confirmolo mas, con lo q̃ dispone en la clausula 5. 15. 16. y 17. en que declarò auer sido su intencion, que se atendiesse la dicha proximidad acabado el vn estado, para entrar en el otro. En la 5. ibi: *E si no ouiere varones, que lo aya è herede la su fija mayor, ò fija de su fijo.* Donde presupuesto, que aquella alternatiua, dize orden, como se aduirtio en la explicacion de la dicha clausula, num. 75. & post subijciemus, esta claro, q̃ primero auia de suceder la tia, que la sobrina, non alia ratione, nisi quòd proximitas ab institutore desumenda esset.

Num. 470. *Expendense las clausulas 15. 16. y 17.*

Y en las clausulas 15. 16. y 17. presuponiendo, que en las precedientes estauan llamados los descendientes legitimos de don Alfonso, y de los demas hijos del fundador, auiendo de passar à llamar descendientes legitimados, y naturales, que era otro nueuo estado de personas, comiença por los los hijos legitimados, y naturales de don Alfonso, que eran los mas cercanos al instituidor, y al dicho don Alfonso su hijo, pudiendo auer otros legitimados, y naturales mas cercanos al vltimo posseedor, quorum meminerat institutor, porq̃ despues llama à los otros legitimados, y naturales descẽdiẽtes d̃ los otros sus hijos.

Num. 471. *Auiendose de atẽder a la proximidad de don Alfonso primer llamado, no pudo cõpetir doña Mariana con don Luys Pacheco.*

Auiendo pues de tomarse la proximidad de don Alfonso de Silua primo llamado, y del fundador, no puede doña Mariana valerse, de que es hermana del vltimo posseedor, y mas cercana à el: porque quando se ordenò de orden sacro don Alfonso de Silua su hermano, en que sucedio la vacante, por donde ella pretende entrar en esta sucession, era viuo don Luys Pacheco, padre de la señora doña Iuana, y hijo de doña Iuana de Silua Pacheco, hija de don Luys Pacheco de Silua, que fue hijo del dicho don Alfonso, que precedia en grado y cercania con el dicho don Alfonso, cuyo bisnieto era, y la dicha doña Mariana su rebisnieta, hija de don Luys Pacheco, que fue

 hijo

hijo de don Diego de Silua, hermano de la dicha doña Iuana la primera.

Què como doña Iuana de Silua, madre de don Luys Pacheco, si fuera viua al tiempo de la vacante, se prefiriera à doña Mariana: por el consiguiente se le ha de preferir don Luys, muerta su madre.

Num. 472. Don Luys sucedio como hijo inmediato de agnata.

NO Se puede poner duda, en que el dicho don Luys Pacheco, padre de la señora doña Iuana, huuiesse de preferirse à D. Mariana, por dos razones. La vna, porque fue varon inmediato de doña Iuana Pacheco de Silua, la primera hembra agnata, hija del dicho don Luys Pacheco de Silua, por llamamiento especial que tiene por las clausulas, como se ha ponderado num. 180. cum sequent.

Num. 473. Como doña Iuana la primera se prefiriera siendo viua, a doña Mariana, se le prefiere su hijo dō Luys.

La otra razon nace de la clausula 5. ibi: *E sino ouiere varones, que lo aya, é herede la su fija mayor, ò fija de su fijo, assi sucessiuamente vno en pos de otro, como dicho es en los fijos*: donde se da orden, y haze regla en la sucession de las hẽbras, para cada vna dellas, y sus descendientes, con prelaciō de la tia à la sobrina, y de la mas cercana al fundador, y a don Alfonso, y de la de superior grado à la de inferior. Y presupuestas aquellas palabras generales, *assi sucessiuamente vno en pos de otro*, que demuestran auerse de entender en todas las agnatas, la misma orden, que el testador exemplificò por las precedientes, *la su fija mayor, ò fija de su fijo*, entra el punto de la question, si concurrieran doña Iuana de Silua Pacheco la primera, nieta de don Alfonso, primero llamado, y doña Mariana de Silua su rebisnieta, qual de las dos se prefiriera? Y tenemos por indubitable, que se auia de preferir la dicha doña Iuana de Silua, y por el consiguiente se deuio preferir don Luys Pacheco, en fuerça de las substituciones en que estan comprehendidos la dicha doña Iuana, y don Luys, sin llegar à disputar la materia de representacion.

Num. 474. Declarãse las pa

Para prouar este assumpto, nos valemos de lo que diximos en

en la explicacion de la clausula 5. num. 76. ponderando la alternatiua, *La fija mayor, ò fija de su fijo*, nempè quod illa alternatiua successionis ordinem in fideicommissis, præsertim perpetuis, & primogenijs demonstrat ex iuribus, & authoribus, quos ibi recensuimus, que fue lo mismo que dezir. Suceda primero la hembra superior, y en defeto della la inferior que se le siguiere, y assi las hembras agnatas por la orden de sus grados, ex l. hæredes mei 57. §. vltim. ff. ad Trebellian. vbi fideicommissum pluribus personis disiunctiuè relictum gradatim iuxta ordinẽ charitatis, & scripturæ deferri debet. Dictio enim, disiunctiua, succedendi gradus præscribit; vt priori loco substituens secundo præferatur, & sic de signulis, Bart. & Doctores in dict. §. vltim. atque adeò est potens scripturæ ordo per disiunctiuam traditus, vt charitatis ordinem vincat, l. cum pater 79. §. à te peto, ff. de legat. 2. in illis verbis: *Tuis, siue meis propinquis*, vbi contra ordinem charitatis, vxoris testantis propinquis mariti propinqui præferuntur, Barbosa in l. Caius 46. num. 21. ff. solut. matrim. quod & voluit Peralta in l. cum ita legatur 33. §. in fideicommisso, num. 4. & 5. ff. de legat. 2. eleganter Portius Imolens. consil. 8. numer. 35. cum sequentib. vbi hæc verba subijcit: *Quæ conclusio huiusmodi quoque speciebus procedere solet, cum testator, si liberos, inquit, non habueris, tuis, siue meis propinquis prædia relinquas, aut etiam nostris libertis. Sanè Papinianus in l. cum pater, §. à te peto, de legat. 2. Respondit in huiusmodi dispositione scripturæ ordinem esse sequendam, vbi Dinus, Rainerius, & Albericus colligebant, alternatiuæ virtutem in his quoque naturam suam seruare, in quibus inæqualis est ipsius affectionis ratio, & ibi Cuma. adstipulatur inferendo in institutione facta sub hac conceptione, instituo filios, aut nepotes, vt filij primum, deinde nepotes substituti censeãtur, Bart. Alex. & alij dict. l. Gallus, § 1. &c.* Ex Alberico, & Baldo confirmat Fuluius Pacian. cons. 48. num. 12. cum sequenti. rectius & elegantius intellexit Ripa vtrumque textum explicando in dict. l. hæredes mei 57. §. vltim. ff. ad Trebellian. num. 8. versic. *Secundò aduerte, quia Raphael, & alij assignando rationẽ, quare alternatiua ponitur inter personas, inter quas cadit ordinata affectio, nõ planè intelligo, an de affectione testatoris loquãtur, an verò grauati? Istud dico, quia textus noster loquitur de ordinata affectione testatoris, text. in dict. §. penult.* loqui-

labras, La fija ja mayor, ó fija de su fijo, *de la clausula 5.*

Num. 475. *Disiunctiua succedendi gradus præscribit, & dat primo nominato prælationem.*

loqui videtur de ordinata affectione grauati. Et si dixeris, quòd ibi colligitur affectio testatoris ex ordine literæ, hoc vnũ dicis, quod semper alternatiua posita inter personas honoratas, dicitur posita inter personas, inter quas cadit affectio, quæ semper ex ordine demonstratur: saluando communem intelligentiam dici potest, quòd in dicto §. penult. consideratur ordinata affectio testatoris, demonstrata ex eo quòd maritum instituerat, & liberos eius substituerat, ex quibus eliciebatur, quòd magis afficiebatur cognatis mariti, quam suis: non tamen ex toto mihi satisfacit, quia stat simul, quòd vxor magis dilexerit maritũ, & eius liberos, quàm proprios cognatos, & dilexerit magis cognatos proprios, quám cognatos mariti. Præterea illa affectio quodammodo resultat ex ordine, non autem ex ordinata charitate. Et ratio est, quia scripturæ ordo demonstat ordinem voluntatis, l. quoties 41. ff. de vsufruct. l. qui soluendo 60. ff. de hæredib. instituen. Bald. in l. 1. numer. 4. & 5. C. de impuber. & alijs substitut. Florianus in dict. l. quoties, num. 1. & 4. Fuluius Pacianus cons. 23. nu. 60. 77. & 78.

Num. 476. Maxime vbi cõcurrit ordo charitatis cum ordine scripturæ.

Pero en nuestro caso concurre la orden de la caridad con la de la escritura, porque se prefiere la mas cercana, y la hembra superior a la inferior: & ita à verbis scripturæ non est recedendum, propter gradus fideicommissi præscriptos, dict. l. hæredes mei, §. vltim. ff. ad Trebellian. ex quo promanat successiuus ordo ex disiuncta dictione proueniens, vt ita demum admittantur posteriores, si priores defecerint propter vim, atque naturam illius dictionis, quod est commune doctorũ placitum in l. Gallus, §. quidam recte, ff. de liber. & posthum. & in dict. l. hæredes mei, §. vltim. & in l. cum pater, 79. § . à te peto, ff. de legat. 2. Curt. Iun. in l. 2. numer. 14. C. de succes. edicto. Ripa in dict. l. hæredes mei, §. vltim. numer. 8. Alexand. cons. 29. aliàs 30. *Viso testamento Albertini*, num. 2. & 5. volum. 2. Corneus cons. 200. *Circa præsentem*, num. 1. volum. 2. Deci. cons. 95. numero. 3. & 4. volum. 1. Rubeus Alexandrin. cons. 40. num. 9. Ruin. cons. 127. num. 8. volu. 3. cons. 169. nu. 7. volum. 2. Portius Imolens. cons. 8. nu. 35. cum sequent. Socin. Iun. cons. 100. num. 33. volum. 3. Hippol. Rimin. cons. 252. nu. 54. & 55. volu. 3. Fuluius Pacian. cons. 48. num. 12. cum sequentib. Gama decis. 174. numer. 4. quod in primogenijs absque controuersia procedit, Molin. lib. 1. capit. 6. numer. 7. Mieres

de

de maioratu.2.part.in initio,num.34.tomo.10. tractat.part.1. fol.411.

Aunque doña Iuana de Silua murio antes que se ofreciesse vacante deste mayorazgo, y por esto se caduco su substitució, quedò subrogada en su lugar la de don Luys Pacheco su hijo, con la misma prelacion que ella tuuiera, si fuera viua: porque como varon inmediato de hembra agnata està llamado por su propia persona, y el auerse caducado la substitucion de su madre no hizo caduca la suya, antes le da lugar, y haze passo para su llamamiento, sin que sea necessario el derecho de la representacion, ni transmissiõ. Num. 477. *Aunque muriò doña Iuana de Silua antes de la vacante, sucediò su hijo don Luys.*

Lo qual procede en este caso sin dificultad: porque estamos en terminos de disposiciõ perpetua de mayorazgo, en que no se caducan las substituciones siguientes, porque se caduque la primera, presupuesto que la question cõtrouersa entre los Doctores fue en los fideicommissos temporales, vtrùm, scilicet, primo gradu facto caduco, sequentes in causam etiam caduci reducantur, para que los bienes queden libres en el grauado. Pero quando han de quedar sugetos à vinculo perpetuo, las substituciones han de correr por la orden de sus grados, y si doña Iuana de Silua se huuiera de preferir à doña Mariana, sin embargo de que sea hermana del vltimo posseedor, por la prelacion que el fundador la dio en las substituciones de las agnatas, en que fue prefiriendo las superiores à las inferiores: consequentemente en esse mismo lugar se ha de subrogar dõ Luys, como persona de mejor linea, y grado por la voluntad del fundador, como està dicho, atque ex propria vocatione, l. quandiu 68. ff. de acquirend. hæred ibi: *Is autem, qui tertio gradu scriptus est, si primo deliberante secundus decedat, ipse pòtest succedere*, l. vnica, §. pro secundo, C. de caduc. tollend. vbi fideicommissi onere manet grauatus hæres, vt posteriori fideicommissario priori gradu deficiente restituere teneatur, §. sin autẽ aliquid, sub conditione dict. l. vnicæ, l. si ab eo. 9. ff. de vsufruct. leg. & ita in locum deficientis sequens substitutus admittitur, & huic subrogato fideicommissum non aliter restituitur, quã illi, si viueret, restitui deberet, qui morte præuentus pendente conditione decessit, vt probant prædicta iura. Num. 478. *In maioribus caducata prima substitutione, non caducantur sequentes.*

Y la entrada del siguiente en el lugar del precediente nõ es por dependencia, sino por su propia persona, y por disposicion del testador, que quiso hazer esta subrogacion pendiente de su Num. 479. *Y no entrã por dependencia del passado, sino por derecho propio, y subrogacion.*

voluntad, y no de la persona que ocupaua aquel lugar, confert tex. in l. 3. §. vlti. ff. de liber. & posthum. vbi pulchrè Bald. nu. 1. versi. *In glossa iam natum*, ita inquit: *Quæ depēdentia est ista? Certum est enim, quòd est dependentia cuiusdam ordinis, vt infra de acquirend. hæred. quandiu, tamen quia non est depē dentia alicuius causaliter: nam secundus gradus non causatur à primo, imò ex defectu primi propter deficientiam primi gradus inducitur existētia sui, vt supra de conditione in debiti, l. Iulianus, §. 1.* In specie considerat Decius cōsi. 427. *Licet in casu proposito*, nu. 13. vol. 2. vbi respōdit, quòd quanuis substitutio, quę fit caduca, non potest aliam substitutionem vtilem facere: valet tamen sequenti aditum patefacere, & gradū præbere à se non dependentem, quia sequens substitutus nō venit ex antecedenti, sed ex sua persona, neque ius succedēdi sortitur ab illo gradu, in cuius locū est suffectus, seu subrogatus, in terminis maioratus Moli. lib. 3. c. 6. n. 39. & in fideicōmisso perpetuo Mātic. de cōiectu. vlti. volun. lib. 11. tit. 20. n. 7. pag. 574. vbi id nullam recipere dubitationem affirmat, subdēs substitutum non iure transmissionis, sed iure proprio capere, & reddit rationem: quoniam ipse à testatore fuit substitutus, & ideò ex persona propria, non autem defuncti succedit: gradu enim primo substitutionis perēpto admittitur sequens, vt ait Bart. in d. l. quandiu, 68. ff. de acquir. hæredi. nu. 10. vbi tradunt omnes, & subijcit Imol. nu. 3. quòd secūdus substitutus subrogatur loco primi substituti interim deficientis, & sic tunc secūda substitutio censetur prima, Paul. Castren. consi. 267. nu. 2. vol. 2. Anto. Thessau. Pedemont. decis. 86. nu. 1. Menoch. consi. 215. nu. 4. & 5. vol. 3. & ita sequens ad successionem aspirat iure proprio, & ex gradu suo, non ex perempto, l. si Titius 27. l. cohæredi, 41. ff. de vulgari, in quibus iuribus substitutus substituti hæredis substitutus dicitur: Iason in l. 1. num. 29. ff. de vulgar. & consi. 148. colum. 3. versi. *Sexto pro ista parte facit*, volum. 2. in impressione antiqua, fol. 20. Corneus consi. 35. num. 28. volu. 2. Paris. consi. 73. nu. 29. cum sequentib. vol. 3. Tiber. Decian. consi. 51. num. 83. lib. 1. & præcedentium graduum peremptio sequentibus viam aperit in fideicommissarijs substitutionibus, l. vnica, §. pro secundo, C. de caducis tollēd. l. Publius, 36. §. 1. ff. ad Trebellia. Bald. consi. 83. *Quamuis*, per totū, vol. 4. Paul. Castren. consi. 422. num. 1. versi. *In contrarium*, lib. 2. Socin. consi. 52. nu. 15. versi. *Quartus, & vltimus*, vol. 1. consi. 102. nu. 9. versi.

Ex

Ex quibus,volu.3.Ruynus consi.94.nu.1. versi. *Secundus casus*,consi.99.nu.14.consi.145.nu.5. volu.2. Decius consi.237. *Proponitur*,num.2.lib.1.consi.427.nu.8. lib. 2. Crauet.consi. 283.nu.1.versi. *Neque videtur obstare*,consi.295.nu.1. Socin. Iun.consi.114.nu.28.lib.1.cōsi.181.nu.47.lib.2.Cephal.consi. 258.nu.19.lib.2.Decian.consi.62.nu.11.volu.2.quæ omnia,& alia eleganter prosequitur Hierony.Gabriel consi.117.nu.16. cum pluribus sequentib. lib. 1. Guido Pap. decis.550.Boer.decis.38.num.20.& 21.Thessaurus dict.decis.86.Caualcanus decis.18.num.44.cum sequentib.part.3.Rota diuersorum decis. 374.num.1.cum sequentib.part. 1. Peregrin.de fideicommiss. artic.15.num.14.cum sequentib.fol.137.latè Surdus consi.347. num.10.cum sequentibus,volumin.3.Hondedeus consi. 49. nu.2.volu.2.copiose Menoch.consi.1088.nu.12.cum sequentibus,vol.11. & nu.23.& 24. vbi relatis autoribus, qui opinionem Oldradi consi.177.sequuti sunt,plurimos contrariæ sententiæ cōmuni voto receptę Doctores recenset,Oldradi institutum refellentes,quod quidem huc non pertinet: & ideò in eo non licet moram trahere.

Y en los fideicommissos temporales la duda està, quando la substitucion es condicional, y entonces como la condiciō haze faltar la substitucion,parece que la quese sigue, participa de la condicion,y no halla lugar en que pueda entrar, l. si mater, 33.§.fin.l.qui habebat,47.ff.de vulgari.vbi Doctores,& in dict. l.quandiu,68.ff.de acquirend.hæredit. Alexan. in l. cohæredi, numer.1.versicu.*In glossa finali*,ff.de vulgar. Socin. consi.52. num.14.versic.*Secundus casus est*,lib.1.Crauet. consi. 1. num. 3.volumin.1. Peregrin. de fideicommiss. artic. 15. num. 28.& 29.fol.138.& alij superiùs adducti,latè Fuluius Pacianus,consi. 23.numer.115.cum sequentibus,Hondedeus consi. 49. num. 42. & 43. volumine. 2. Casanate consi. 2. per totum. Y en la substitucion de doña Iuana de Silua,no huuo condicion ninguna, sino que se concibio en el caso de la muerte del que la precedia por disposicion del fundador: in quo casu Doctores omnes, quos supra congesimus, communibus suffragijs præsoluunt, sequentem substitutum subrogari in locum præcedentis, que como estaua doña Iuana llamada, y tras ella sus descendientes,auiendo muerto antes de la vacante, quando esta sucede, el siguiente en grado ocupa su lugar con la misma prelacion. Por lo qual como doña Iuana auia de prefe-

Nu. 486. En los fideicomissos temporales, si se caduca la substitucion condicional, alcança esto a las siguientes.

preferirse à doña Mariana: por el consiguiente se deue preferir don Luys, como llamado inmediatamente despues de su madre, y persona que ocupa su lugar.

Num. 481. Y en los mayorazgos no entran los de las siguientes substituciones por transmission, ni representaciõ, sino por subrogaciõ.

Y esto no se haze por transmission, ni representacion, sino por subrogacion, vt in causa maioratus Hispalensis eleganter considerat Paul. Castrens. consi. 164. *In præsenti causa*, volu. 2. num. 4. ad fin. versi. *Item ostenditur*, præsertim, ibi: *Hinc est, quòd vltimus substitutus seductis prioribus venit perinde, ac si ipse solus fuisset substitutus, & ingreditur locum præcedentium, l. cohæredi, in princip. ff. de vulg. & pup. non iure transmisso, sed ex suo iure, & propria persona. Item videmus hoc in successione intestati, si sunt plures gradus subordinati: nã cuilibet gradui de per se defertur sucessio per legem: & exclusso primo gradu à iure suo per expressam, vel tacitam repudiationem, ius illius non transmittitur ad sequentem gradum: quia ius repudiatum non transmittitur, vt patet in l. si quis filium, C. de inofficioso testam. sed extinguitur, & sequens venit suo iure, & ex sua persona, vt patet ex notatis per Bart. in l. qui superstitis. ff. de acquirend. hæred.* & num. 5. maximè, ibi: *Applicando igitur ista ad nostrum casum dico, quòd idem debet esse, quando quis recipit feudum, vel emphiteosim, seu maioriam pro se, & filijs, & liberis suis, vt in quolibet gradu filiorum, & liberorum censeatur eße vna receptio, & stipulatio de per se, vt sic excluso primo gradu filiorũ, veniat sequens nepotum iure suo, non iure trãsmißo, l. stipulatio ista, §. si quis ita, ff. de verb. obligat.*

Num. 482. Quando los hijos estan llamados tras su padre, aũque este muera antes de la vacãte, suceden ellos por su persona.

Cui ad stipulatur Socin. in l. si cognatis, ff. de reb. dub. num. 5. versi. *Sed potest*, vbi affirmat, quòd quando testator vocat filium maiorem, & eius liberos: quemadmodum prætulit filiũ, ita & videtur prætulisse eius liberos, vt æqualis fiat determinatio, ex l. iam hoc iure, 4. ff. de vulgar. para que estos se prefieran a los llamados despues de la substitucion, que comprehendió al hijo, y a sus descendientes. En que se ha de ponderar, que los hijos, y descendientes que estan llamados despues de su padre, se admiten por sus personas, y sin transmission, ni representacion se prefieren todos ellos a los que estan substituydos despues de sus padres en el mismo lugar, y con la misma prelaciõ, que tuuieran sus padres, si viuieran, Alex. consi. 4. nu. 14. vol. 4. Parisius consi. 65. nu. 14. cum sequentibus, volu. 3. Et ita succedentes ex propria persona, & si non vtãtur iure transmissionis,

aut repræsentationis, idem tamẽ in effectu ius obtinent ex tenore, & ordine in scriptura præscripto: quando scilicet, vocato filio, eius liberi statim substituuntur, Alexand. supra, Beroius cons.71.num.57.vol.1.& plures recensendo, Molina lib.1. cap.1.num.17.& lib.3.cap.6.nu.36. vbi probat sublato de medio parẽte, qui ante tempus delati primogenij decessit, in eius locum filium esse subrogandum, non virtute transmissionis, sed ex propia substitutione, Gutierrez practicar. libr.3.quæst. 67.num.20.& conferunt tradita per eundem Molinam lib. 3. cap.6.num.39. Mantic.de coniectur.vltimar.voluntat.lib. 11. tit.20.num.7.cum alijs superius adductis.

Y assi no importa que el padre, ò la madre, q̃ se auia de preferir, si viuiera, muera antes de la vacante: porque sin embargo desto, non ex trãsmisso, sed ex proprio iure filius ipsius locum occupat, ex ratione quam subdit Paul.dict. cons.164. volu. 2. numer.4.post medium, versicul. *Vel melius, & subtilius dico, quod non ambulat, nec transit, nec transmittitur in casu nostro, vel illius quæstionis mota per Doctores, ius succedendi, quod erat apud primogenitum, vel apud masculum vnà cũ iure excludendi secundogenitum, vel fœminam, imò cum persona illius finitur, & extunc incipit locum habere aliud ius penitus diuersum, quod erat in persona nepotis cum dicto priuilegio similiter excludendi, quod tamen viuente filio erat offuscatũ: quoniã ab ipso initio, cũ nepos fuit natus, fuit in esse productũ aliud ius diuersum ab illo, quod erat apud filiũ: & similiter nato pronepote, creatur aliud in persona illius diuersum à prædictis duobus: & sic quot sunt personæ descendentes ex primogenito, tot creantur, & producuntur in esse iura diuersa, tamen eandem naturam excludendi habentia, &c.* Vbi latè & eleganter prosequitur, & in hanc ipsam rationem inclinant Doctores, quos proximè retulimus.

Exclusion de D. Pedro Giron Pacheco.

HAsta aqui va conforme D. Pedro Giron Pacheco con todo lo q̃ se ha fundado por parte de la señora D. Iuana: y su fundamẽto vnico para incluyrse a si, y excluyr à su sobrina, es, q̃ la linea de los varones cognatos empeçò en D. Luys Pacheco su hermano, padre de la señora D. Iuana, y q̃ conforme à esta disposicion se ha de continuar la linea de los varones cognatos, en q̃ el se halla siguiente en grado al dicho D. Luys. Num. 183. *La señora Doña Iuana excluye à D. Pedro su tio, y ataja la linea de los varones cognatos, por la clausula 6.*

A esto queda respondido particularmente en tres logares desta informacion. El primero en la explicacion de la clausula quinta, desde el numero 80. El segundo, en la clausula sexta por toda ella, desde el num. 81. El tercero, en la inclusion de la señora D. Iuana, desde el num. 187. cum seq. donde se prouò, q̃ aunque estã llamados los varones cognatos, vno empos de otro: pero que esto tiene vna limitacion, quando el cognato que huuiere sucedido, dexare hija: potque esta ataja, è interrũpe la linea de los varones cognatos, y sucede por particular priuilegio dado à la hija del primer grado, para que ningun cognato le pueda competir la sucession. Y si se ataja, è interrumpe la linea de los varones, como en este mismo sentido se declarò en la clausula 5. claro està, que no puede Don Pedro pretender por esta continuacion, que tiene derecho de suceder: porque no quiso el fundador, que se continuasse la linea en este caso, en que el que huuiesse sucedido dexasse hija legitima. Y en que D. Luys sucediesse no pone duda D. Pedro: porque intenta la tenuta por su muerte, ni la puede poner: porque como se fundò en la inclusion de la señora D. Iuana desde el num. 188. & 189. en los mayorazgos de Castilla passa el dominio, y la possession por la muerte del vltimo en el siguiente, sin que sea necessaria la actual. Y se verifican propiamente en el las palabras de la clausula 6. ibi: *Del dicho varon que ouiere heredado la dicha villa, è logares, è bienes, con todo lo susodicho, por cuyo fallecimiento se atajare la linea de los dichos varones.* Quod quidem cum copiosa disputatione prosequuti fuerimus non est, quòd iterum repetamus.

De todo lo qual resulta, que la señora Doña Iuana Pacheco de Silua tiene justicia. Salua, &c.

D. Camillus de Curtis, del Consejo de Italia, y Regente de Napoles.

El Doctor Iuan Gutierrez Canonigo Doctoral de la Iglesia de Ciudadrodrigo.

El Doctor Miguel Pomet.

El Licenciado Diego de Ribera.

El Licenciado Carlos Martucho.

El Licenciado Antonio Fernandez de Montiel.

El Doctor Iuã Bautista Valençuela Velazquez.

El Licenciado Cepeda.

El Licẽciado Enriquez Macedo.

El Licenciado Don Sebastian Zambrano de Villalobos.

SVMARIO DE LO QVE SE CONTIENE EN ESTA INFORMACION de la señora doña Iuana Pacheco de Silua, sobre el Condado, y mayorazgo de Cifuentes.



Iuision desta informacion en tres partes, numero.1.

Las clausulas del mayorazgo de Cifuentes, que se declaran en la primera parte desta informacion, num.2.

Esta disposicion es irregular, num.3.

Testatoris voluntati, & non iuri communi inhærendum est, num.4.& 9.

Que intento tuuo el fundador en los llamamientos deste mayorazgo, y quales fuerõ por mayor, num.5.

El intento de la glossa de las clausulas, num.6.

Declaracion dela clausula primera, que por ella es la disposicion irregular, num.7.

Ex toto scripturæ contextu testatoris volũtas desumitur, num.8.& 12.

Ubi testator â iuris regulis recedit, non desumitur interpretatio ab eis, sed à clausulis institutionis, num.9.

Omnes clausulæ institutionis censentur inclusæ in ea, quæ se refert ad illas, num.10.

Etiam si prima clausula nõ se referat ad sequentes, ex eis recipit interpretationem, num.11.

Ex clausulis sequentibus non correctio, sed declaratio sumi debet, num.12.

Por las clausulas deste mayoyorazgo no estã excluydas las hembras, que admitio la primera, sino declarado el lugar que han de tener. numer.13.

Declaracion de la clausula segunda, en que estan llamados los agnatos todos de dõ Alfonso, num.14.

La palabra (Hijo varon) comprehende todos los descendientes varones, nu.15.

Quando los varones estan antepuestos a las hembras, se entiende de varones de varones;

¶ rones;

rones, sin interposicion de hembras, ni varones dellas, num.16.

Y en tal caso vn varon sucede à otro varon, nu. 17.

En la clausula 2. hizo el fundador vna linea de calidad de todos los varones de varones de don Alfonso, numer.18.

La palabra (Assi) inducit ampliationẽ, & augmẽtũ, n.19.

Et importat repetitionẽ præcedentium, nu.20. maximè in maioratibus, & fideicommissis perpetuis, nu.21.

Las palabras (sucessiuamente de vno en otro, todavia para el hijo mayor legitimo varon) induzen llamamiento perpetuo de agnatos, etiã cuiuscumque lineæ, nu.22.

Linea est nomen collectiuum, & sumitur pro lineis, & comprehendit descendentes in infinitum, num.24.

Lineæ masculinæ appellatione omnes masculi in infinitum comprehenduntur, nu.25.

Linea derecha significa toda la descendencia del que es cabeça della, nu.26. & 27.

Linea in dubio de recta intelligitur, nu.27.

Las palabras (que descendieren de la linea derecha de los fijos mayores legitimos) despues de llamar varones comprehendẽ todos los agnatos, nu.28. hasta el num.35.

La palabra (mayor) en esta clausula significa primogenito, nu.29. Y por esto el hermano varon, muerto el hermano, sucede como primogenito, num.30.

Primogenitus dicitur, qui primus reperitur tempore successionis, nu.31.

Verba (filius maior, vel primogenitus) nõ differunt, nu.32.

Muerto el varõ primogenito sucedẽ los varones primogenitos de las otras lineas. n.33.

Vocatio primogeniti ius successionis tribuit omnibus adeptis ius primogenituræ, n,34. & 36.

In maioratu substitutiones necessariæ ad perpetuitatẽ subintelliguntur, nu.35.

En la clausula 29. declaro el fũdador, q̃ la sucessiõ no auia de yr solamẽte de padre a hijo varõ, sino a todos los varones agnatos de la descẽdẽcia de don Alfonso, nu.36.

Declaraciõ de la clausula 3. en q̃ comiença el llamamiento de las hembras, nu.37.

Con el llamamiento de las hembras en la clausula 3. se prueua, que en la segunda no estauan llamadas expressa, ni tacitamente, nu.38.39.44. y 45.

Desde la clausula tercera hasta la septima, estan llamadas las hembras, y varones dellas. num. 40.

Las palabras (E si falleciere sin dexar

dexàr fijo legitimo varon) *importan lo mismo que si dixera, Sin descendientes varones, nu.41. hasta el 44.*

Donde ay llamamiento de hijos, no es menester ponerlos en condicion, nu.42. y se entienden puestos en condiciõ los llamados, nu.43.

Substitutio censetur facta in defectum primo loco institutorum, nu.44.

Substitutionum natura est ita demum ad sequentes gradus deueniri, si personæ in prioribus contentæ defecerint, numer.45.

La hija de don Alfonso tiene el primer lugar, y llamamiẽto entre las hembras, nu.46.

Las palabras (ò de tal su descẽdiente) *de la clausula 3. no induzẽ llamamiẽto suyo, n.47.*

Disiunctiua inter personas pro coniuncta accipitur, nu.48.

La prelacion de la hija de don Alfonso, fue porque el fundador tuuo respeto à la proximidad de don Alfonso, y quitò la representacion, nu. 49. hasta el num.52.

Las palabras (La fija mayor q̃ quedare, &c.) *que significan, num.50.*

In substitutione superstitis non datur repræsentatio, neque transmissio, nu.51.

En esta sucession, la tia se prefiere a la sobrina, hija de la hija mayor, num.52.

Despues de la hija de don Alfonso no suceden las demas hembras, sino los varones dellas, num.53.

Verba (supra scriptis, & infra scriptis) *sũt restrictiua, n.54.*

La prelacion de la tia contra la sobrina, hija de la hija mayor, no se entiende contra el sobrino, num.55.

El intento desta disposicion fue llamar las hembras, para sacar varones, y excluyr las hẽbras de hembras, num.56.

Declaracion de la clausula 4. en que el hijo varon de la hija mayor de don Alfonso, muerta en su vida, tiene llamamiento contra la tia, que sobreuiuio, num.57.

En la clausula 4. ay dos reglas generales. La vna para la sucession de las hijas del primer grado. Y la otra para los varones cognatos descẽdientes de don Alfonso, numer.58.

Las fijas que descendieren de don Alfonso, llamadas en la clausula 4. son las del primer grado, num.59. hasta el num.63.

La palabra (descendiẽtes) *quãdo comprehende toda la descendencia, num.60.*

En esta disposicion hablo el fundador discretiuamente de hijas, y de nietas: y assi la palabra (fija) *no passa de las del primer grado, nu.61.62.*

Quan-

(Fasta que se ataje la linea descendiente de los fijos varones, *num.79.*

Dictiones (donec, quandiu, quousque) *quid significant, num.80.*

Declaracion de la clausula 6. en que limita la regla general del llamamiento de los varones cognatos en la hija del vltimo posseedor, nu. 81.

El fundador considerò dos lineas: vna natural, y otra de calidad, num.82.

La clausula 6. vino a declarar la 5. nu.83.

La palabra (Atajar) *en esta disposicion puede tener dos sentidos, acabarse la linea, ò interrumpirse, num.84.*

En la clausula 6. la palabra (Atajar) *significa interrumpir, y cortar. Y este es el proprio significado suyo, num. 85.86 87.*

Linea naturalis masculos, & fœminas comprahendit, numer.86.

En la clausula 6. no se ataja, ni rompe la linea natural, sino la accidental de varones continuados, nu. 87.

En la clausula 5. la palabra (Atajar) *se toma impropriamente por acabar, num.88. 89.92. y 93.*

Verba impropriantur propter subiectam materiam, numer.89.90.

No es inconueniente, que vna palabra misma tengà dos sentidos en vna disposiciō, num.90.

Conditio si deficiat, aut finiatur linea, impletur etiam liberis non natis, num.91.

En la clausula 5. hizo el fundador linea de calidad de varones cognatos por las palabras vltimas della, num.92. Y que fuesse sin interposicion de hembras, por las palabras (la linea descendiente de los fijos varones) *num.93. Porque la palabra* (descendiente) *aplicada à la linea induze llamamiento de toda la descendencia, num. 94. Y la palabra* (varones) *califica la linea, que llama, para que sean puros varones, num. 95. Sin interposicion de hembras, num.96.*

Por la clausula 6 solo està llamada la hija inmediata del vltimo posseedor, num. 97. 98.99. Y mas por la clausula 7. num.198.

Vbi requiritur certa qualitas ad successionem, ea probari debet, aliàs non admittitur, num.98.

Inclusio certorum, est exclusio aliorum, nu.99.

Declaracion de la clausula 7. en que esta el llamamiento de todas las cognatas, nu. 101.

Las cognatas no tienen llamamiento, sino en falta de

El

razones, nume. 175. hasta el num. 178.

Vocatio descendentium omnes in infinitũ cõprehẽdit, n. 177.

Inclusion de la señora doña Iuana Pacheco de Silua.

Iclusion de la señora doña Juana Pacheco de Silua, por auer sucedido su padre don Luys Pacheco; y entrar ella como su hija por la clausula. 6. n. 179. cõ los siguiẽtes.

Don Luys, padre de la señora doña Juana, fue sucessor, como hijo de hija del hijo segũdo de don Alfonso, nu. 180. aunque su madre no aya sucedido, nu. 181. 182. 186.

El llamamiento de la hembra de la clausula. 30. fue especial, sin que se estienda a otras, num. 180.

Quando masculus ex propria persona vocatur, nulla ratio matris habetur, nu. 181. hasta el num. 185.

Los varones que tienen llamamiento propio, suceden, aunque sus madres esten excluydas, o impedidas en la sucession. Y autores que lo tienen, Menochio, Hieronymo Gabriel, Rubeo, Ruyno, Mantica, y otros, num. 182. 183. 184.

Al que tiene propio llamamiẽto, no le impide el padre, o madre insucessible, nu. 185.

La señora doña Juana sucede à su padre don Luys, por la clausula. 6. num. 187. Y en su persona concurren todas las calidades que en ella se requieren, nu. 188.

La palabra, heredado, *de la clausula. 6. significa sucession, nu. 188.*

Con la vacante del mayorazgo se passò el dominio en don Luys, num. 189. sin ser necessaria aceptacion, numero 190.

In maioratibus transfertur dominiũ sine acceptatione, nu. 190. & num. 191. aunque otro aya entrado en la possession de los bienes, nu. 192.

En el sucessor del mayorazgo se passa la possession ciuil, y natural, y es posseedor sin la actual, aunque la tenga otro, nu. 193. y sin aceptaciõ, num. 196.

La possession se conserua en el mayorazgo para el sucessor, como en la yglesia, para el Prelado, num. 194. Y la adquiere por medio del primero, para conseruarla para todos los sucessores, numero 195.

Possessio maioratus transit in succes-

successorem ignorantem, nu. 196.

No impidio la translacion de la possession en don Luys la actual de la vltima condessa, nu. 197. porque ya estaua passada la natural, y ciuil en el verdadero sucessor por el ministerio de la ley, num. 198.

Factum legis potentius est facto hominis, & magis immediatè operatur, ibidem.

La substitucion de la clausula 6. tiene tres calidades, que todas concurren en la señora doña Iuana, num. 199.

Oponese, que la vltima Condessa posseyo mas de seys meses, y que no ha lugar el remedio de la tenuta, nu. 200.

Respondese, que basta la vacante de la possession actual por su muerte, para que se pueda intentar contra otro, aunque no pudiera intentarse contra ella, nu. 201. 205.

La demanda de tenuta en el Consejo, ha lugar por muerte de qualquiera posseedor justo, ò injusto; por las palabras de la l.9. ibi: E algũ posseedor, nu: 202. 203. 204.

La palabra: Alguno; comprehende lo proprio, y lo improprio, num. 203.

El posseedor injusto es posseedor, para que por su muerte aya lugar el remedio de tenuta, nu. 204. y 206.

La prescripcion de los seys meses contra el remedio de la tenuta no aprouecha al sucessor, nu. 205. nu. 214. hasta el nu. 217.

Ponderanse las palabras de la l.9. para esto, nu. 206.

La disposicion de la l.9. es diferente de la de la l.45. de Toro, num. 207. hasta el num. 212. Y en el num. 221. Donde la ley transfiere la possessiõ, nunca se tiene por vacante, num. 207.

Vbi datur continuatio possessionis, nunquam censetur hæreditas iacens, ibidem.

Aun antes de la l. 45. de Toro, fue la mas recibida opinion, que la possessiõ del tercero no impedia la translacion, nu. 208.

Por muerte del verdadero posseedor passa la l. 45. la possession, num. 209.

El transcurso de los seys meses aprouecha à qualquiera posseedor, nu. 210.

La l.9. no quita la translacion de la l. 45. por el transcurso de los seys meses, sino que se prescriba vno de los remedios que ay, para entrar en la actual, nu. 211.

El posseedor injusto del mayorazgo no transfiere la possession por la l.45. nu. 212.

La possession de la l.45 siẽprẽ passa en el sucessor, aunq̃ la actual este ocupada, nu. 213.

La

La prescripcion de los seys meses del injusto posseedor del mayorazgo, no aprouecha á sus herederos, quia vim pacti obtinet, num. 214.

Y porque no cae mas que sobre la demanda de tenuta, num. 215. Y porque es como vn pacto de non petendo, en fauor del posseedor, nu. 216. Y porque es como excepcion de cosa juzgada, cuya causa no passa del que possee, nu. 217. 218. 219.

Liberatio, seu pactum de non petendo vni factum, aliis nō prodest, nu. 216.

Exceptio rei iudicatæ non obest, quando sententia reducitur ad non causam, nu. 218.

In omni dispositione subintelligitur rebus sic stātibus. n. 219

Exemplares deste caso, num 220

En el caso de la incapacidad de don Alonso ha lugar la translacion de la possession en dō Luys por derecho, nu. 222. Y por la clausula. 54. num. 223.

Pars 3. de la exclusion de los demas litigantes.

DIuision de la tercera parte de la exclusion de los demas pretensores, numero. 224.

Exclusion del Duque de Pastrana, y Conde de Salinas.

Prior articulus contra ambos.

EXclusion del Duque de Pastrana, y Cōde de Salinas, nu. 225. Y porque medios se prueua, nu. 226.

El Duque, y Conde pretenden, que es mayorazgo regular, y no es sino irregular, num. 227.

Siendo este mayorazgo de agnacion, no tendra derecho el Duque, ni el Conde, nu. 228.

Dos maneras ay de agnacion, expressa, y tacita, nu. 229. Y esta se induze por dos medios: por llamamiento continuado de varones: y por exclusiō de hembras, nu. 230. y num. 280.

En este mayorazgo ay llamamiento continuado de varones en la clausula. 2. y 29. num. 231.

Aunque ay diferētes casos de llamamientos de varones, en que ay disputa, sobre si son de agnacion, en el continuado

limitada en los grados de agnatos, que se llamaron antes, y despues de las hẽbras, num. 257. Y expendense algunos lugares de Surdo para esto, n. 258. 259. 260. Y pruevase con el simil de la familia, que se limita con lo que se le añade, num. 261. Y esta opinion tuuo Molina en la agnacion expressa, nu. 262. Y lo mismo es en la tacita, y presumpta, que tiene los mismos efectos en todo, que la expressa, num. 263. Y no se elide esta por el llamamiento de hembras en otra parte de la disposicion, num. 264. Y basta auer llamado todos los descendientes agnatos de don Alfonso, aunque despues llame sus hembras antes que à los agnatos de don Iuan de Ribera, y à los trãsuersales, num. 265. Y en este mayorazgo don Iuan se tiene por transuersal, nu. 266. Y el fundador atendio a la agnacion de don Alfonso su hijo, y fue forçoso que lo hiziesse por la facultad, num. 268.

Linea incipit ab eo, qui primò vocatus est, & dicitur recta, & effectiua, nu. 267.

Solent restatores agnationi filiorum, seu institutorũ prospicere, num. 268.

En este mayorazgo deue tenerse por fundador don Alfonso, y assi se conseruò su agnacion efectiua de descendientes, num. 269.

Lo mismo es, que el fundador aya conseruado la agnaciõ expressamente, ò por llamamientos continuados de varones, para que en ellos sea visto conseruarla, nu. 270.

Respondese à los autores alegados en contrario, para que el llamamiento de hembras quite la agnacion.

A Ruyno, nu. 271.

A Craueta, num. 272.

A Gerardo Mazolo, nu. 273.

A Sforcia, num. 274.

A Surdo, nu. 275.

A Casanate, nu. 276.

A Peregrino, nu. 277.

A Hieronymo Gabriel, num. 278.

A Hondedeo, nu. 279.

La consideracion de agnacion se prueua por la exclusion de hembras, y mas con llamamiento geminado de varones, num. 280. Y es como si lo expressara el fundador, por no poderse dar otra, num. 281.

La exclusion de las hembras en este mayorazgo, por ser de agnacion, induze exclusion de varones dellas, num. 282.

Exclusio vnius gradus, inducit exclusionem trahentis originem ab eo, nu. 283.

Respondese a Baldo, que tuuo

que

misma

mismā calidad, que las expreßas,nu.307.

El Duque de Pastrana, y Conde de Salinas pretenden, que en el llamamiento de varones se comprehenden los de hembras,nu.308.

Lo contrario es cierto. Y respondese á los autores alegados en contrario. A Fulgosio,num.309.

A Paulo de Castro, nu.310.

A Socino,num.311.

A Molina,num.312.

A Auendaño,num.313.

A Guido Papa,num.314.

A Rubeo,num,315.

A Alciato,num.316.

A Ruino,num.317.

A Beroio,nu.318.

A Mandelo Albense, nu.319.

A Mantica,num.320.

A la decision de Rota, nu.321.

A Gama,num.322.

A Peregrino,num.323.

A Menochio,num.324.

A Hondedeo,num.325.

A Francisco Vegio, num.326.

A Surdo,num.327.

A Pedro Cauallo,num.328.

El Duque de Pastrana, y Conde de Salinas oponen de las palabras de la clausula. 29. Fasta que non aya persona alguna, &c. *por ser diccion vniuersal, que comprehende todas las especies,nu.329.*

Muestrase, que en las substituciones de la clausula. 29. no ay lugar en que entren varones de hembras, numero 330.

Respondese lo primero, Que por ser mayorazgo de agnacion,no bastan palabras generales para comprehender cognatos,num.331.

Verba vniuersalia non egrediuntur naturam actus,numer. 331. Et limitantur ex debitis circunstantijs,n.333.

Verba generalia in feudo non comprehendunt fœminas, propter eius naturam, numer.334.

Respondese lo segundo, que estan en la parte executiua, y se han de restringir por las dispositiuas num.335. Y declarase lo que quiso el fundador dezir en ellas, nume. 336.337.

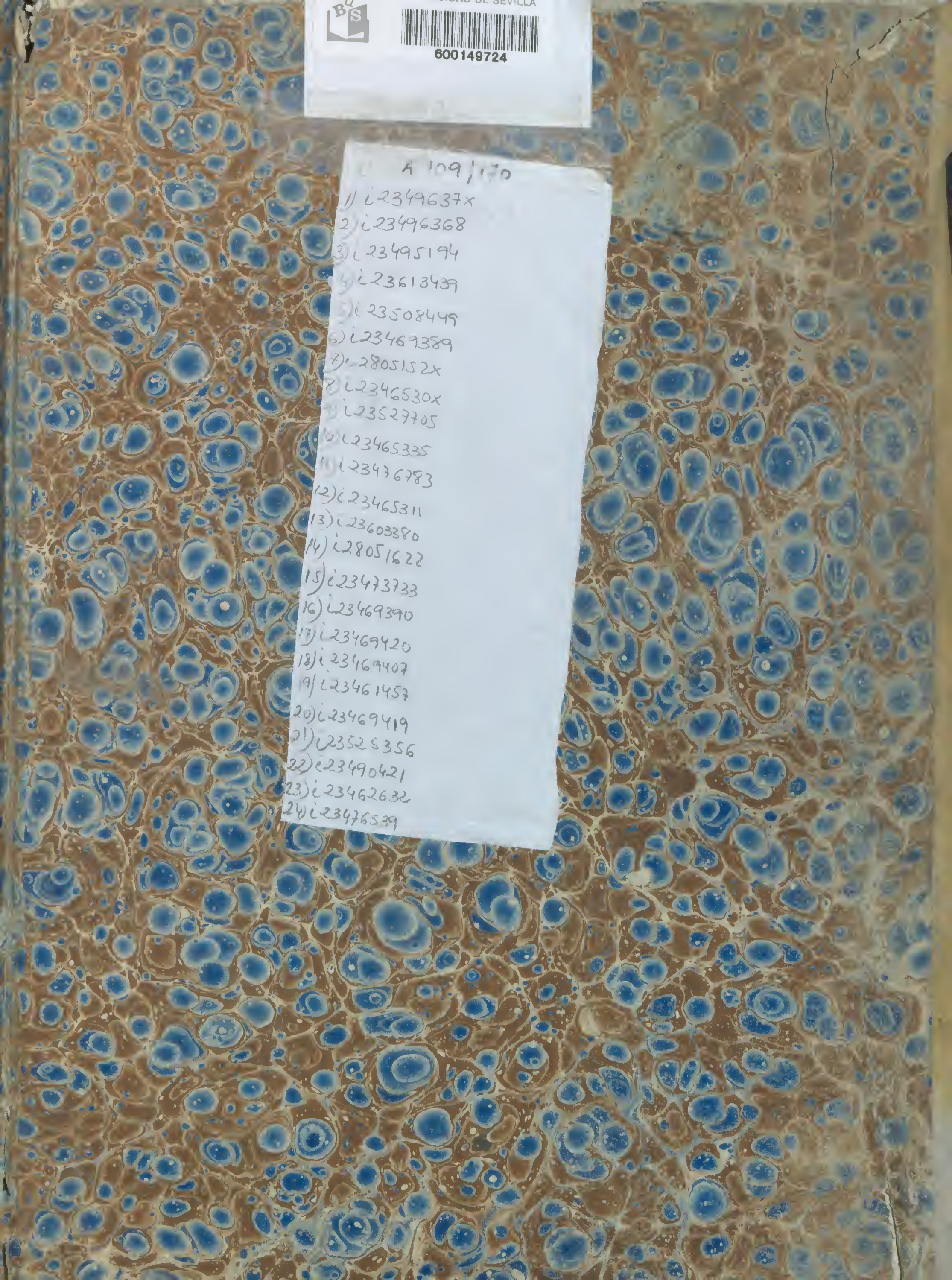
Dictio, vsque, *ad tempus refertur, num.337.*

La palabra, alguna, *no induze llamamiẽto de mas varones, num.338.*

Respondese lo tercero, que los cognatos estan llamados en la clausula.30.y 31.con que se prueua, que no lo estauan en la.29.num.339. Porque si se les dà lugar inferior, no se comprehendian en el superior, aunque aya palabras vniuersales,num.340.342. 343.

Substitutio non comprehendit casum specialiter, alibi prouisum,nu.341.




IDAD DE SEVILLA
600149724
A 109/170
1) i2349637x
2) i23496368
3) i23495194
4) i23613439
5) i23508449
6) i23469389
7) i2805152x
8) i2346530x
9) i23527705
10) i23465335
11) i23476783
12) i23465311
13) i23603380
14) i28051622
15) i23473733
16) i23469390
17) i23469420
18) i23469407
19) i23461457
20) i23469419
21) i23525356
22) i23490421
23) i23462632
24) i23476539